Э. Э. Понтович.

889

ИГ116
П788

Проблема государственной власти.

Философско-правовые этюды.

Отдельный оттиск из „Известий Иваново-Вознесенского Политехнического Института" за 1919 г. вып. 1, 2

ПЕТРОГРАД.
Типография Э. Ф. Мекс. Международный просп., № 22.
1919.

К. П
ИГ116
П788 Р
5940 У 500/31
ИНВЕНТАРИЗАЦИЯ 2008

Глубокоуважаемому Сергею Алексеевичу Первушину
отъ искренне преданнаго автора

Проблема государственной власти.

Философско-правовые этюды

Э. Э. Понтовича.

I.

Реализм в юриспруденции.

§ 1.

Постановка проблемы о государственной власти в новейшей русской литературе.

Проблема государственной власти есть проблема государственного права, т. е. права государства властвовать над людьми. Так, по крайней мере, понималась она в течение долгих веков развития политической мысли, начиная от Бодена и кончая представителями немецкой юридической школы.

При такой постановке проблемы о государственной власти задача современного ее изследователя могла бы быть сведена лишь к установлению понятий, в которых мыслилось разсматриваемое явление прежде и в которых оно мыслится в настоящее время, и, затем, к оценке того, насколько эти понятия со своей задачей справляются.

Но иная постановка интересующей нас проблемы является последним словом современной литературы государственного права. Новейших писателей занимает не столько вопрос о том, как мыслится государственная власть, сколько о том, почему таковая существует. В новейшем русском труде по юридической методологии указывается на то, что неудачи, постигшие науку государственного права в основном для нее вопросе, вопросе о существе государственной власти, объясняются крайней односторонностью того юридико-догматического метода, которым наука пользовалась. Классификационный метод безсилен там, где нужно не описывать, а объяснять явления [1]). Проблема о существе государственной власти, для решения которой требуются „историко-политические, социологические, психологические и философ-

[1]) Б. А. Кистяковский. Социальные науки и право, 1916 г., стр. 417 и сл.

ско-идеологические" исследования, отделяется, таким образом, от вопроса об определении понятия о государственной власти, могущего быть выясненным на основании одного лишь догматического метода.

Точно также и в новейшей русской монографии, посвященной проблеме правового государства, подчеркивается идея, что, желая проникнуть в природу государства и власти, мы „уже не в состоянии оставаться в неизбежно узких пределах юридического формализма". Властвование и подчинение, осуществляющиеся в государстве, представляются автору разновидностью широкого, как сама человеческая жизнь, вида психических переживаний [1]).

Авторитетность имен цитированных сейчас писателей, выдающаяся солидность их исследований, как равно и сравнительная новизна последних, свидетельствуют о том, что в русской науке о государстве живо воспринят тот метод исследования явлений государственной жизни, который так настойчиво пропагандировал в Германии Георг Иеллинек. Различие в направлении и выводах между названными русскими учеными как-будто еще сильней подчеркивает их согласие в вопросе об отношении к „юридическому формализму": не отвергая юридического метода исследования явления государственной жизни, оба они в одинаковой мере сильно и резко подчеркивают его ограниченное и условное для науки значение. Следуя знаменитому автору „Системы субъективных публичных прав" и „Общего учения о государстве", названные русские писатели согласны в том, что для познания существа государства и государственной власти, надлежит обратиться от метода отвлечения и классификации к установлению причинной связанности этих явлений с другими, находящимися в плоскости общественной жизни или психических переживаний человека.

Но наряду с этой точкой зрения, имеющей дуалистический характер, новейшей русской литературе известно и другое, уже чисто монистическое, воззрение на метод изучения явлений государственной жизни. Профессор Л. И. Петражицкий объявляет все теории, которые были направлены на то, чтобы в тех или иных понятиях осмыслить государственную власть, т. е. все, которые только создавались в течение нескольких столетий, „наивно-проекционными", объясняемыми, может быть, „законом ассоциаций идей", но во всяком случае неспособными не только „выяснить", но даже „коснуться" реальных явлений государственного властвования. Между тем подлежащие нашему познанию явления имеют свои причины и требуют именно с этой стороны своего объяснения [2]). Существо государственной власти может быть, таким образом, познано только с точки зрения рассмотрения ее по

---

[1]) С. А. Котляревский. Власть и право, 1915 г., стр. 8.

[2]) Л. И. Петражицкий. Теория права и государства, т. I, 1909 г., стр. 197—198 и сл.

началу причинной зависимости, тогда как за юридико-догматическим методом не признается уже совсем никакого научного значения.

Совершенно несомненно, что изучение этого явления по одному лишь принципу каузальной связанности изменяет всю постановку проблемы о государственной власти. Эмпирическое знание может интересоваться лишь одним вопросом, — о том, почему та или иная власть существует. Не оценку и оправдание, а одно лишь объективное объяснение государственной власти может ставить своей задачей наука, если уже она становится на эту точку зрения. Ту же самую цель имеет пред собою и дуалистическое направление в сфере одного из двух (или двух из четырех, как в плюрализме Б. А. Кистяковского) своих устремлений [1]). Но перед этим направлением, наряду с указанной, стоит и другая задача, которую, впрочем, большинство из его представителей, как дуалисты, заранее отвергают, — задача по согласованию выводов, полученных из каузального изучения, с теми понятиями, что устанавливаются „формально-юридическим" путем.

Мы видим таким образом, что уже не в области истории и политической экономии, но в области учения о государстве в качестве основного научного лозунга берется старое изречение Бенедикта Спинозы: „не плакать, не смеяться, но понимать". Юриста и политика грозит здесь заменить исследователь, заимствующий свои методы из сферы наук о природе.

Столь определенный уклон нашей юридической литературы в эту сторону, намечающийся ко времени, когда русская наука о праве и государстве имеет уже данные к тому, чтобы приобрести свой самостоятельный характер, имеет, однако, глубокие корни в истории русской юридической науки — с одной стороны, и в некоторых направлениях европейской науки о государстве — с другой.

§ 2.

Реалистические („социологические" и „психологические") традиции в русской юридической науке.

Идея изучения существа явлений, содержащих в себе правовые моменты, по началу причинной их связанности не составляет изобретения названных выше ученых. Метод этот уже неоднократно был испробован в юридической литературе, будучи заимствован ею из политической экономии и социологии. Едва ли не первую значительную попытку применения его к области права мы находим уже в трудах Р. ф. Иеринга. Хотя последний и пытался провести различие между методом, пригодным для исследования правовых явлений и методом, применяемым

[1]) Соц. науки и право, стр. 321 и сл.

в других сферах социальной науки, однако идея „социологической юриспруденции“ исходит все же от него.

Иеринг различал два вида причинной связанности: causa efficiens и causa finalis. В первом случае действует принцип: „Keine Wirkung ohne Ursache“, во-втором—„Keine Handlung, kein Wollen ohne Zweck“ [1]).

Причинами второго рода являются, таким образом, цели человеческого поведения, которые должны быть устанавливаемы наукой, в частности, и для того, чтобы познать существо права. Явления правовой (и государственной) жизни обращаются с этой точки зрения в предметы, долженствующие быть изучаемыми в их причинной связанности с другими явлениями.

Вслед за Иерингом на тот же методологический путь, но менее решительно, пытались вступить Цительман [2]), Бергбом [3]), Бирлинг [4]) и др. в Германии, но несравненно большую популярность приобрело это направление в России.

Утверждение его в нашей юридической литературе второй половины XIX века было обусловлено силой и непосредственностью того влияния, которую оказал на всю нашу науку англо-французский позитивизм. Популярная в свое время книга В. И. Сергеевича дала могучий толчек для проникновения позитивно-эмпирической методы и в область юриспруденции [5]). Следуя за О. Контом и Д. С. Миллем, наш знаменитый историк права „не в установлении самых норм права“, а „в раскрытии законов существования и последовательности социальных явлений, или фактов государственной жизни“ видел задачу „чистой науки“ [6]). Последняя говорит не о том, что должно быть, но о том, что есть; она познает лишь причины и следствия окружающих нас явлений [7]).

Идеи, развитые в методологической работе Сергеевича, вскоре-

---

[1]) R. v. Jehring, Zweck im Recht, B. I, 1877, S. 4. С. Иерингом солидаризируется в этом вопросе L. Duguit, Etudes de droit public. t. I, L'Etat, le droit objectif et la loi positive, 1901, p. 81. Оценку теории Иеринга см. у Кистяковского, Соц. науки и право, 665. О понятии цели и „целевого закона“ см. W. Wundt, System der Philosophie, 1889, S. 318 u. ff., а также Ch. Siegwart, Logik. II, 571.

[2]) E. Zitelmann. Irrthum und Rechtsgeschäft, 1879, S. 200 u. ff.

[3]) Bergbohm (Staatsverträge und Gesetze, als Quellen des Völkerrechts, 1877, S. 53) считает, что и положительный закон „immer ein gewisses Causalitätsverhältniss ausdrücken muss.“

[4]) Как известно, Bierling считал существенным признаком правовой нормы момент „признания“ (Anerkennung) ее определенной группой людей (см. Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, 1877, B. I, S. 3 u. ff., Juristische Prinzipienlehre, I. 1894, 40 u. ff.). Таким образом, в признании, как Иеринг в интересе, находил Бирлинг причину права.

[5]) См. В. И. Сергеевич. Задачи и метода государственных наук, 1871 г. особ. стр. 33 и сл; 230 et passim.

[6]) Указ. соч. стр. 34.

[7]) Там-же, стр. 44.

же находят отклик среди теоретиков и систематиков нашей юриспруденции. Если Иеринг обычно рассматривается как глашатай англо-французских позитивных методов в немецкой юридической науке, то в России являлся таковым С. А. Муромцев.

Едва ли можно найти среди юристов более решительного сторонника проведения начал социального позитивизма в области юриспруденции, чем С. А. Муромцев. Как во взглядах своих на задачи науки вообще и правоведения в частности, так и в приложении их к „определению и основному разделению" права, названный русский ученый был одним из наиболее последовательных поклонников идей Д. С. Милля, несравненно более во всяком случае последовательным, чем полемизировавшие с ним в то время А. Х. Гольмстен и С. В. Пахман, которые, впрочем, проявили может быть бо́льшую чуткость в понимании задач юриспруденции.

„Все науки", писал Муромцев, „возникли на почве ежедневной практики, будучи сначала только приведенным в некоторый порядок искусством". „Практические потребности вызывали ум на деятельность. Найденные знания о том, от чего зависит удовлетворение потребностей, составляли зародыш науки. С течением времени постоянство умственной работы вызвало привычку и склонность к ней и выработало любознательность" [1]). Отсюда и возникло стремление к объективному исследованию, к установлению законов, по которым происходят явления.

Уже это рассуждение, насквозь пропитанное эмпиризмом, дышет идеями Д. С. Милля, на которого С. А. Муромцев, далее, и ссылается, стараясь уловить „психический закон", обусловливающий собою „историческое развитие науки". Закон этот есть закон ассоциации, приводящий человека „постепенно к тому, что он желает средств, не думая о цели". „Таким путем научная деятельность, бывшая прежде средством, стала самостоятельной целью". „Таким путем" и исследователь наш освобождается от грозящего испортить все его эмпирическое рассуждение факта науки, который установлением универсального закона ассоциации умещается в общую схему явлений, совершающихся по некиим необходимым законам. После этого уже не остается бьющих в глаза препятствий к тому, чтобы „задачу науки видеть в определении законов, по которым происходят явления". Задача социальных наук должна состоять, соответственно, в изучении законов, по которым происходят явления общественной жизни. Эти мысли Муромцев пытается приложить и к науке о праве, по крайней мере,—„к устройству гражданского правоведения".

---

[1]) С. Муромцев. Определение и основное разделение права, 1879, стр. 9. и сл. По вопросу о влиянии на Муромцева идей Иеринга см. ценные указаиия в биографическом очерке П. Н. Милюкова, в сборнике „С. А. Муромцев". М. 1911 г. стр. 22 и сл.

„Мы исходим", пишет названный автор в другой своей работе, „из того воззрения на задачи правоведения, которое сложилось под влиянием позитивизма". „С точки зрения этого воззрения задачи правоведения, как науки, состоят в том, чтобы изучать законы определенной группы социальных явлений, которые своею совокупностью образуют право" [1]).

Что же, однако, разумел Муромцев под „законами"? И каким образом можно установить законы для явлений права?

Позитивная точка зрения остается выдержанной им до конца. Следуя Монтескье, Конту и Миллю, он разумеет под законом „постоянство, которое существует в силу природы вещей в отношениях между явлениями, или явлениями и их условиями и последствиями[2]). Это отношение установлено, по его мнению, не человеком, но естественными свойствами данных условий,—иначе говоря самою природою [3]).

Закон нужно отличать, как думает Муромцев, от юридического принципа. Последний есть лишь „обобщенное описание или выражение совокупности общих свойств („общего смысла") существовавшего или существующего порядка, существовавших или существующих правил, отношений, действий [4]). „Юридический принцип служит формулою, которая определяет так или иначе известную группу правовых отношений и соответствующих им правовых постановлений. Юридический принцип указывает на то, что должно быть, закон — на то, что есть в силу свойств человека, общества и мира". „Юридический принцип составляет продукт человеческой деятельности; закон стоит над нею. Юридический принцип может быть нарушен человеком; нарушение закона свыше человеческих сил. Юридический принцип подлежит критике; критика закона не имеет смысла" [5]).

Отсюда вытекает и взгляд Муромцева на догматическую юриспруденцию. Если установление законов составляет истинную цель науки, то систематизирующая, направленная на установление юридических принципов, деятельность юриста-догматика есть не научная деятельность, а особого рода искусство, т. е. комбинация средств для достижения избранных человеком целей [6]). И здесь Муромцев следует Миллю, цитируя, далее, слова последнего о том, что „повелительное наклонение есть характеристическая черта искусства, в отличие

---

[1]) С. А. Муромцев. Что такое догма права? 1885 г., стр. 7.
[2]) С. Муромцев. Определение и основное разделение права, стр. 15.
[3]) Там-же, курс. наш.
[4]) Там же, стр. 16—17.
[5]) Там же, курс. наш.
[6]) Что такое догма, стр. 8 и сл.; Определение, стр. 10.

от науки. Всё, что говорит правилами или предписаниями, а не утверждениями, относящимися к фактам, есть искусство" [1]).

Как видим, Муромцев не впадает в откровенный юридический нигилизм. Считая юриспруденцию не за науку, а за искусство, он тем самым старается укрепить за нею право на существование и с точки зрения позитивного знания. „За догму говорит вековой опыт юриспруденции, и позитивист охотно признает за ней отдел правоведения как искусства. Нечего, конечно, претендовать на то, что в догме не признают науки, в строгом смысле этого слова: такая квалификация не умаляет значения догмы. Физиология — наука, медицина — искусство; психология — наука, теория воспитания — искусство. . . и для юриста-догматика нет беды, если позитивист, оставаясь верен своей терминологии, не назовет его предмет наукой, и достоинство его нисколько не потерпит, если он не отстоит во что бы то ни стало своего положения, как деятеля „науки" [2]).

Вопрос заключается, однако, не в одной только терминологии. Называть ту или иную дисциплину можно так или иначе, но с отнесением догмы права в разряд искусства и с установлением раскрытия законов природы, как единственной задачи науки, разрешается в определенном смысле вопрос о методе, которым должен руководиться исследователь явлений права. Признавая, что явления правовой жизни составляют продукт человеческой деятельности, в результате которой устанавливаются известные „юридические принципы", указывающие на то, что должно быть, — Муромцев стремится тем не менее не к раскрытию этих принципов, а к познанию законов развития гражданского права. Он отдает себе при этом полный отчет в том, что для установления этих законов следует правовые явления рассматривать в их общей связи со всей социальной деятельностью [3]). „Объяснить гражданское право как факт социальной жизни, можно только при помощи психологии, общей социологии, политической экономии и т. д." [4]). Общие законы развития права не могут быть ничем иным, как произведением социальных факторов, которые обладают самым общим значением [5]).

---

[1]) Там же, стр. 12.

[2]) Что такое догма, стр. 9—10.

А. Х. Гольмстен, полемизируя с С. А. Муромцевым (Журн. Гражд. и Уг. Права, 1884, №№ 3 и 5) отстаивал положение догмы, как науки, исходя, к сожалению, из тех-же основных методологических предпосылок, которые принял в основу своих исследований С. А. Муромцев. Следуя за О. Контом, А. Х. Гольмстен видел в догме физику, а в истории — динамику науки права. См. также А. Х. Гольмстен. Принцип тождества в гражданском процессе, 1884, стр. 247, 253, 255, 286 Муромцев возражал ему, как и С. В. Пахману (О современном движении в науке права. 1882 г., стр. 24 и сл.), в брошюре: Что такое догма права?"

[3]) Определение, стр. 32 и сл.

[4]) Там же, стр. 38.

[5]) Там же, стр. 39.

К чему же, однако, должно, в конечных итогах, приводить этого рода исследование, направленное на познание правовых явлений? Оставляет ли оно что-либо догме, „искусству", или все наше знание о праве должно быть добываемо путем установления относительно этих явлений каузальных законов?

Муромцев не боится остаться последовательным в применении идей Д. С. Милля к области права до конца. Установление „законов развития права" может быть, ведь, плодотворным лишь в том случае, если оно приводит к установлению относительно правовых явлений известных понятий. Если философы позитивно эмпирического направления и отрицают за нашими понятиями свойства априорности и творческого их значения в самом опыте, то они не могут не признавать за ними значения того результата, к которому опыт человека приводит. Отстаивая универсальность применения „объективного" метода, Муромцев не желает, подобно современным писателям, отдать построение юридических понятий догме права. „Догматическое определение не назначено", по его мнению, „для того, чтобы отличить как-нибудь определяемый институт от другого [1]). Лишь в том случае определение института может удовлетворить своему назначению, если оно выведено „из изучения природы института", из изучения всего развития его [2]). Все наши определения, относящиеся к области права, должны быть создаваемы, следовательно, путем выделения тех признаков, которые заключены в сфере причинной связанности определяемых явлений с другими. При пренебрежении этим путем легко впасть в односторонность, утверждает Муромцев, отдать излишнее предпочтение свойству, почему-либо бросившемуся в глаза [3]). От этой односторонности нас оберегает, по его мнению, определение института, открытое „из действительного соотношения различных его признаков". Эта мысль поясняется Муромцевым весьма ярким примером. „Ничто, говорит он, не кажется проще и вернее определения: право собственности есть полное юридическое господство над вещью. С точки зрения этого определения, каждое стеснение собственника представляется не иначе, как ограничение права собственности,—как некоторая измена логическому совершенству понятия... Между тем историко-культурное изучение права собственности обнаруживает, что „ограничения" его не составляют чего-либо враждебного ему по своей природе, но вытекают из тех-же источников, что и сама собственность"...

Нас меньше всего интересует в этом исследовании природа собственности. Охотно допускаем, что Муромцев в оспаривании взгляда

---

[1]) Определение, стр. 40.

[2]) Там-же.

[3]) Эта идея о произвольности юридико-догматических определений с большой энергией развивается ныне Б. А. Кистяковским, цит. соч., стр. 420 и сл. et pass.

на собственность, как на „полное юридическое господство", может быть и прав. Здесь должно быть отмечено, однако, другое. Установив применение метода познания существа явлений через причинную их связанность и к области построения правовых понятий, Муромцев — совершенно последовательно—пришел к слиянию права с фактом, должного—с сущим. В частности, и право собственности, согласно его воззрению, не есть то, что должно быть осуществляемо в действительности, а то, чем оно было, что оно есть.

Как видим, вопрос о существовании догмы права, как науки, не есть вопрос одной лишь терминологии. Квалификация догмы в качестве искусства приводит на самом деле к полному отрицанию за ней всякого значения, кроме технически-вспомогательного. Все правовые явления познаются из „законов природы". Но вместе с тем из области права выбрасывается все правовое. Область должного, то, что Муромцев называл юридическими принципами, как познаваемая только из природы, из сущего, с последним и сливается. Из боязни перед понятиями, устанавливаемыми по желательным, или „бросившимся в глаза" свойствам, наш исследователь приходит к выводам, с которыми самое существование явления должного никак не может быть согласовано.

Итак, право, должное, Муромцев желает познать как факт, как сущее. Предметом гражданского правоведения он—вполне последовательно!—считает не нормы, но отношения и совокупность последних—„гражданско-правовые порядки, которые существовали и существуют в исторической действительности" [1]). Отношение же мыслится им, как „возможность известного ряда событий, которые обусловлены воздействием предметов и людей на человека и человека на них". Спрашивается, однако, к чему вообще говорить о праве, к чему „познание" его, к чему всё „гражданское правоведение", если при этом разумеется отождествление права с фактом?

Но здесь то и открывается больное место всех реалистов в праве. Идея права, идея его логической противоположности факту, никогда не покидает их совершенно, как бы иллюстрируя тем всю реальность своего значения для жизни всех людей. Отождествляя в принципе право с фактами, все писатели указанного направления стараются вместе с тем выделить какой-либо факт, чтобы именно его признать правом. Если такого рода исследование кто-нибудь считает за позитивное, „естественно-научное", если кто-нибудь верит в безусловную „эмпиричность" этих выводов—habeat sibi! Несомненно лишь то, что здесь и скрыто все зерно проблемы должного вообще и права в частности.

---

[1]) Определеніе и основное разделеніе права, стр. 56.

Так поступает и Муромцев. Определив понятие отношения в указанном выше смысле, наш автор ищет затем в кругу фактов, обнимаемых этим понятием, какой-либо один, с которым легче, удобнее, желательнее, было бы связать право. Мы не намерены следовать в дальнейшем за всеми деталями рассуждений С. А. Муромцева. Для нас достаточно лишь отметить, что за право им признается факт защиты, точнее,—организованной защиты отношений. „Организованную форму защиты мы называем, говорит Муромцев, формою юридическою или правовою". Субъекты, защищенные в этой форме, а также лица, против которых эта защита направлена, подходят под понятие лица в более тесном, юридическом, значении его" [1]).

Весь смысл права сводится, таким образом, к установлению „юридической гарантии", т. е., говоря словами Муромцева, „при возведении какого-либо отношения на степень права, деятельность власти ограничивается тем, что открыто или молчаливо она установляет, что отныне в случае правонарушения за субъектом права будут признаны известные притязания по отношению к правонарушителю" [2]). В возможности иска, „или вообще юридической защиты" лежит главное основное и существенное свойство права", подчеркивает цитируемый автор в другом месте [3]). По существу своему, правовое отношение остается у Муромцева тем же фактическим, как это и признает он сам. Оно отличается лишь своеобразным „устройством среды",— „присутствием в ней особых защищающих (юридических) отношений" [4]). В силу этого правовое отношение представляется ему „более гарантированным" от нарушений со стороны третьих лиц, „более продолжительным", „более прочным", нежели обыкновенное фактическое отношение.

Мы видим, что Муромцев снова подчеркивает тождественность по существу между юридическим и фактическим, однако здесь один из фактов—защита или власть—уже выделен из всей совокупности фактов, поставлен в особое положение и с ним уже связаны особенные свойства. Пусть они обосновываются лишь указанием на „гарантию", на „прочность" и „продолжительность", которые придаются отношениям благодаря существованию „защиты". При всей „объективности" рассуждений нашего ученого оправдание одного из фактов, связывание именно с ним явления права—на-лицо. Это

[1]) Указ. соч., стр. 70—71. Под „организованною защитою" Муромцев понимает то, „что осуществляется определенным заранее порядком и, обыкновенно, при содействии особенных, установленных для того органов (там же, стр. 69).

[2]) Указ. соч., стр. 81.

[3]) стр. 86.

[4]) стр. 91.

чувствует и сам С. А. Муромцев, когда он говорит, что „защита" в большинстве случаев устанавливается произволом законодателя" [1]).

Итак, все усилия С. А. Муромцева произвести не „юридико-догматическое", но объективное, социологическое, исследование существа права свелись в последнем счете к тому, что путем рассуждений, имеющих совершенно „объективный" и „эмпирический" вид, он пришел к установлению для права признака, о котором задолго до него уже спорили на многих языках и который заключается в попытке уяснить явление права из другого явления—государства [2]).

Метод, введенный Муромцевым в сферу изучения явлений гражданского права, выдвигается позднее с большою яркостью Н. М.

---

[1]) Указ. соч., стр. 143.

[2]) Влияние идей С. А. Муромцева далеко не осталось бесследным в русской цивилистической литературе. Так, выдвинутый им метод защищается Ю. С. Гамбаровым (Задачи современного правоведения, Журн. Мин. Юстиции, 1907 г., Январь, стр. 77 и сл.), утверждающим, что „априорная метода" „долго задерживала успехи всяких знаний". Необходимым условием научного изучения права, как и всякого другого предмета научного изучения, является, по мнению названного автора, „обработка его a posteriori", т.-е.—„теми же методами опыта и наблюдения, которым человечество обязано всеми своими завоеваниями в области знания". Задача современного правоведения состоит, как полагает т. Гамбаров, в „разыскивании законов развития общественной жизни".

В вопросах общей теории права весьма близко стоит к С. А. Муромцеву и Н. М. Коркунов. См. его Лекции по общей теории права, изд. 8, 1908 г., стр. 82 и сл. Все различие во взглядах названных ученых в вопросе о существе права сводится лишь к тому, что Коркунов пытается в определение Муромцева, чисто формальное, влить некое материальное содержание. Существенный признак, характеризующий правовую норму, Н. М. Коркунов усматривает в разграничении интересов людей.

Из той-же школы, повидимому, выши и нашли виднейшие цивилисты-догматики Г. Ф. Шершеневич и Д. Д. Гримм. Определение понятия права, даваемое Г. Ф. Шершеневичем (Общая теория права, вып., I, 1911 г., стр. 290), отличается от определения Муромцева лишь тем, что рассуждения его носят не социологический, но формально-логический характер. И теория его, соответственно, проще, обнаженнее, теории Муромцева. Идея последняго о „защите" заменяется более откровенной идеей об „угрозе", исходящей от органов государства.

Д. Д. Гримм в своем учении о праве (см. его Курс римского права т. I, в. 1, 1904 г., стр. 31 и сл.) „исходит из понятия о конкретном жизненном отношении", которое представляется ему „известным специфическим отношением сосуществования, возникающим между данными субъектами и данными объектами". Большинство этих отношений носит массовый характер (там же, стр. 32), причем „опыт" показывает проф. Д. Д. Гримму, что заинтересованные лица в однородных случаях имеют тенденцию придерживаться однородных приемов, начал и правил. Отсюда—стремление урегулировать эти отношения путем фиксации соответствующих правил и установления таким путем „известных абстрактных типов отношений". Мы видим здесь самостоятельную попытку применения взглядов Д. С. Милля к области права. Но эмпирия проф. Гримма в конечном счете дает тот же результат, что и эмпирия проф. Муромцева и Шершеневича: „юридическими нормами являются нормы, признанные обязательными со стороны подлежащих органов государственной власти" (курс, стр. 39).

Коркуновым в целях познания явлений права государственного. Если Коркунов и не принимает на себя при этом роли защитника каузальной методы в области государствоведения, то в своих исследованиях он фактически ею пользуется, применяя ее для решения основного в нашей науке вопроса—проблемы государственной власти.

Коркунов не желает создавать новой доктрины о том, кому должна принадлежать государственная власть; он пытается дать причинное объяснение явлений властвования. Не на вопрос о том, кто по праву должен властвовать, а на вопрос, почему люди подчиняются государственной власти, стремится дать ответ автор „Указа и Закона".

Ответа этого Коркунов ищет, однако, не в тех „законах", которые устанавливают социологи различных направлений. Оригинальность названного мыслителя выражается в том, что он еще в то время обратился к данным, составляющим предмет психологии.

Всякая власть представлялась ему некоей психической силой, каковой является, равным образом, и власть государственная. Если сила эта не поддается нашему непосредственному наблюдению, то мы можем распознать ее путем изучения и объяснения вызываемых ею явлений [1]). Коркунов проводит аналогию между государственной властью и силами природы—тяготением, светом, электричеством,—как причинами, производящими соответствующие явления естественной жизни. Государственная власть есть с его точки зрения, не что иное, как лишь „условное выражение для обозначения причины, производящей воздействие государства" [2]).

Дальше этих суждений в области проведения начала позитивизма и эмпиризма итти едва ли возможно. Государственная власть рассматривается как чистейший факт. Это не помешало, однако, нашему ученому извлечь из факта власти правовые выводы.

Анализируя явления властвования и подчинения Коркунов приходит к выводу, что „сила", вызывающая их к жизни, заключается в сознании подвластными своей зависимости от властвующего. Сущность государственного властвования состоит в сознании зависимости людей от государства [3]). Определив таким образом факт государственной власти Коркунов, подобно тому, что Муромцев и др. предпринимали в сфере устанавливаемых ими фактов человеческих отношений, стремится найти в нем некие правовые свойства. Он нашел, что „сила, состоящая в сознании зависимости", является

---

[1]) См. его Указ и закон, 1894 г., стр. 177.

[2]) Там же, стр. 178.

[3]) Там же, стр. 181, 191, 195. Русское государственное право, т. I, стр. 24.

правовым объектом, не волей, как ее традиционно характеризовали, но объектом воли[1]).

Из такой квалификации „силы властвования" вытекают, однако, весьма важные для государственной науки выводы.

Если государственная власть не есть право государства, а объект чьего то права, чьей то воли, то и право властвовать в государстве принадлежит носителям этой воли! Оно принадлежит, другими словами, тем людям, в сознании зависимости от которых находится вся остальная человеческая масса, на определенной территории живущая!

Коркунов прекрасно знал, что он имеет в виду, когда утверждал, что государство есть не лицо, не субъект, а юридическое отношение, субъектом которого являются граждане, а объектом—власть. Этим самым он легитимировал с точки зрения права существующих фактических властителей, по законам психологии воздействующих на других людей, держащих в своем повиновении подвластных. И совершенно напрасно принято в новейшей литературе приписывать Коркунову „методологическую ошибку", заключающуюся в том, что он от утверждения о власти, как сознании зависимости, сделал вывод относительно правовой природы государства[2]). Подобная „ошибка" свойственна каждому, кто стремится последовательно провести позитивно-эмпирическое воззрение на явления, находящиеся в правовой сфере. Самое существо его заключается в том, что, отрицая в принципе самостоятельность явлений из области должного, воззрение это вынуждено какой-либо из элементов сущего выделить, как основной, как должное, как правовое.

Упрек, делаемый Коркунову, может быть, поэтому, отнесен в равной мере к Иерингу и к Муромцеву, но также и к многим из тех, от кого он исходит.

Как видим, стремясь вывести правовое явление государственной власти из некоего психического закона, Коркунов пришел к тому, что за существующими властителями признал право на власть[3]). Но если теперь сопоставить его учение о государственной власти с учением Муромцева и др. позитивистов в праве, то получается весьма любопытная картина.

---

[1]) Указ и закон, стр. 195. По существу этой квалификации государственной власти см. правильное замечание В. М. Гессена (Словарь Волкова и Филиппова, т. II, вып. VI, стр. 533): „не представляется ли, однако, вполне безразличным, сказать ли, что воля осуществляет власть, или сказать, что властвует воля".

[2]) См. Кистяковский, Социальные науки и право, стр. 461; Котляревский, Власть и право, стр. 8; Ф. В. Тарановский, Учебник энциклопедии права, 1917 г., стр. 359; А. Рождественский, Теория субъективных публичных прав, т. I, 1913 г., стр. 60.

[3]) Не случайно, следовательно, теория эта связана с учением его о господстве закона в условиях российского самодержавного строя. За покойным профессором С.-Петербургского университета, несомненно, должна быть признана заслуга остроумнейшего стилизатора режима неограниченной монархии, съумевшего идею разделения „властей

Позитивно-эмпирическое исследование существа права привело наших юристов к выводу, что явление это есть порождение государственной организации.

Исследователь существа государственной организации приходит к выводу, что государственная власть есть фактическая (психического порядка) сила.

Но отсюда вытекает нечто весьма неутешительное для права: право есть ничто иное, как существующая власть.

Может быть на этом выводе можно бы было и успокоиться, отказавшись раз навсегда от всяких теоретических поисков в области юриспруденции, отдав таковую целиком „на поток и разграбление" социологов, экономистов или психологов!

Однако, наши позитивисты эмпирики не делают такого вывода. Они поступают иначе. Установив, что „право есть существующая власть", они, может быть незаметно для самих себя, меняют места субъекта и предиката в этом предложении, в результате чего оно приобретает новое содержание: существующая власть становится правом.

Мы не знаем, законна ли такая перестановка подлежащего и сказуемого с точки зрения каузальной методы. Неправильность ее с точки зрения требований логики очевидна.

Но, как оказывается, позитивная метода в конечном итоге все же настолько ценит идею должного, что стремится ею укрепить устойчивость устанавливаемой по стихийным законам „власти", „организации", „защиты" и т. д. Тем самым, однако, направление это явно обнаруживает ложность исходного своего пункта.

К этой проблеме нам придется, впрочем, неоднократно возвращаться в дальнейшем. Пока нам важно было лишь выделить тот итог, к которому русская юридическая (позитивная) мысль пришла к началу XX столетия.

Два корифея русской теоретической юриспруденции—Муромцев и Коркунов,—как видим произвели весьма серьезную подготовку для развития эмпиризма в нашей науке. Первый из них представитель-

---

свести к идее совместности властвования и, таким образом, уложить российское самодержавие в схему теорий о господстве закона (Указ и закон, стр. 214 и сл).

По выходе в свет „Указа и Закона" теория о власти, в этой книге изложенная, подверглась критике на страницах журналов того времени. Весьма меткий характер носят замечания М. А. Дьяконова (Журн. Мин. Нар. Просв., 1894 г., сент., стр. 196), который выражает сомнения в возможности существования единого сознания зависимости у подчиненных людей, занимающих различное общественное положение, имеющих разное умственное развитие, неодинаковые религиозные воззрения. „Или перед властью, как перед Богом, индивидуальные различия стираются?". См. также возражения В. И. Сергеевича, напечат. в Журн. Мин. Юст., ноябрь, 1894 г. Интересны замечания А. С. Алексеева (К учению об юридической природе государства и государственной власти „Русская Мысль", 1894 г., ноябрь и отд. изд.). Н. М. Коркунов отвечал своим критикам в „Журн. Мин. Юст.", 1895 г. февраль.

ствовал этот метод в области права гражданского, другой—в праве государственном. Один опирался в своих исследованиях на данные социологии, другой—на данные психологии. От них ведут свое начало и новейшие направления в русской юридической и—в частности—государственно-правовой—науке.

Развитие последней не обособлено, конечно, и от влияния соответствующих течений в западной литературе о государстве, как, впрочем, и сами названные юристы не были совершенно самостоятельны и независимы в своих суждениях от влияния теорий, создававшихся на Западе. Если, в частности, Муромцев находился под определенным обаянием идей Иеринга, то реализм Коркунова имеет много общих точек соприкосновения с реализмом Зейделя, Линга, Гумпловича, Борнгака [1]).

Большинство из этих писателей пользовались, однако, эмпирическим методом в стремлении упростить проблему государственной власти ради достижения определенных юридико-политических результатов. Метод сам по себе не имел для них большого значения. Стилизация явлений государственной жизни по началу монархического принципа, выраженного в постановлении II титула § 1 Баварской конституции, определенно чувствуется в трудах Зейделя. А Борнгак прямо заявляет, что теоретические его воззрения обусловлены характером прусского положительного права [2]). Не столь узкий, как названные юристы,

---

[1]) Учения этих писателей столь многократно излагались в наших учебниках и монографиях по государственному праву, вся наивность реализма, представленного в трудах названных юристов, является в настоящее время фактом настолько общепризнанным, что всякое новое его доказательство представляется нам излишним. Нельзя, однако, не отметить, что эмпирический метод, проводимый упомянутыми писателями с большою простотой и прямолинейностью, именно в их трудах и обнаруживает с полною ясностью свою способность приводить исследователей к результатам, стоящим на границе с абсурдом. Так, Гумплович (Общее учение о государстве, русск. пер. Неровецкого, 1910, стр. 262 и сл. 38, 138, его же Das Osterreichische Staatsrecht, 1902, §§1—3; Grundriss der Sociologie, 180) эмпирическим путем приходит к выводу, что единая, суверенная, воля государства есть воля того, кто фактически господствует, или воля господствующего круга. Линг (Empirische Untersuchungen zur Allgemeinen Staatslehre, 1890, 5, 6 и ff), продолжая мысль Гумпловича, доходит до утверждения, что в Швейцарском союзе таковым властителем является президент. По Зейделю (Bayerisches Staatsrecht, 1 bearb. von R. Piloty, 1913, S. 78) властитель и государство относятся друг к другу как субъект и объект. Bornhak (Allgem. Staatslehre, 1 Aufl., 1896; 2 Aufl. — 1909., S. 8; 9, 13 и ff.) считает, что государство и властитель суть понятия однозначущие. Эмпирический метод приводит, таким образом, к утверждениям, которые как раз находятся в явном противоречии тому, что мы наблюдаем в действительности. Никто иной как Коркунов весьма убедительно доказал неправильность эмпирического представления о государственной власти как единой воле. И на самом деле, весьма трудно представить себе наличность в стране такой отделенной от остального населения группы людей, воли которых представляли бы собой в реальности нечто совершенно единое.

[2]) C. Bornhak, Preussisches Staatsrecht, I, 1888, S. 63, anm. 1.

социолог Гумплович также одушевлен, однако, идеей всепокоряющего значения фактической силы [1]).

Соответственно этому, указанная группа немецких эмпирических теорий не имеет той объективной внешности, какая свойственна русским реалистическим учениям [2]). Борнгак смело идет „эмпирическим" путем к заранее намеченному выводу о том, что существует лишь „княжеская власть и княжеское право" [3]). Коркунов сохраняет, наоборот, до конца внешнюю объективность исследования, но эмпирический характер последнего по существу своему не может не содержать в себе предположения о подчинении правового фактическому, о принадлежности права на власть тем, кому фактически таковая принадлежит.

Тот же характер сохранил русский эмпиризм и у других наших юристов.

„Чтобы уяснить сущность государственной власти", пишет проф. В. В. Ивановский, „нам нужно из области общих понятий подойти к самой жизни и рассмотреть вопрос о том, каким образом государственная власть реализуется, каким образом в действительной жизни она облекается в внешние формы" [4]). Этот путь познания государственной власти продиктован, повидимому, В. В. Ивановскому, его воззрениями на методологию науки, верою в то, что „свойства явлений скрыты в них самих и что разум должен их лишь раскрывать, но не созидать" [5]). Отсюда вытекает и его взглядъ на задачу науки о государстве, которая, по мнению упомянутого автора, преследует те же цели, „какие преследуют все другие науки, изучающие те или иные явления природы, т. е. раскрытие познаваемой природы явлений и закономерность их существования" [6]). В. В. Ивановский относится поэтому, крайне отрицательно к юридическому методу, господствующему в современном государствоведении. Вслед за Муромцевым он повторяет, что юриспруденция—не наука, а лишь искусство, с помощью которого „стремятся приспособить право к возможно лучшему регулированию человеческих отношений" [7]).

---

[1]) Если „эмпирические исследования" Линга проникнуты иным настроением, то писатель этот совершенно запутался в самопротиворечиях. Непримиримый враг теорий органической школы, он неожиданно соглашается с Гирке в вопросе об отношении между властью и правом (н. с. 27).

[2]) В немецкой литературе близки в этом отношении к Коркунову: E. Löning („Staat" в Handbuch der Staatswissenschaften Conrad'a, t. VI, 1911), которому государство представляется „реальным юридическим отношением"; Аффольтер (Основные черты общего госуд. права, русск. пер. В. Ивановского, 1895. 21). Ср. Herzfelder, Gewalt und Recht, 1890, 120 u. ff.

[3]) Staatsrecht. I, 64—65.

[4]) Учебник государственного права, изд. 4, 1913, стр. 76.

[5]) Там-же, стр. 59.

[6]) Там-же, стр. 6.

[7]) Там-же, стр. 48.

Словом, г. Ивановский провозглашает себя сторонником строго позитивного метода, почему и стремится для уяснения сущности государственной власти „подойти к самой жизни". Но что же дает этот подход названному автору?

В цитированном выше учебнике В. В. Ивановский приходит к выводу, что организация государственной власти „является результатом естественных сил" [1]). „Государственная власть сосредоточивается в руках или одного лица, или в руках нескольких лиц, или она выражается (?) в особой форме представительства, или, как говорят, она принадлежит народу" [2]). В зависимости от этих результатов действия естественных сил различают и то, что называется формами правления. Общим же признаком государственной власти остается верховный ее характер—суверенитет [3]).

Подобно Гумпловичу, Ивановский считает, таким образом, что естественные силы создают единое верховенство, суверенитет [4]). Вместе с тем, однако, проф. Ивановский не мог избежать и вывода о том, что все действующее в государстве право является порождением власти, вследствие различных сцеплений естественных сил возникшей [5]).

5940

---

[1]) Там-же, стр. 87. Отголоски этой теории встречаются и у А. И. Елистратова: Государственное право, 1912 г., стр. 5 и сл.

[2]) стр. 77.

[3]) Там-же, стр. 74.

[4]) В позднейшем своем исследовании (О государстве, власти и праве с социолого-психологической точки зрения, Журн. Мин. Юстиц., март—апрель 1916 г.) проф. Ивановский подробно развивает свою точку зрения, несколько видоизменяя ее в сторону воззрений Коркунова и Петражицкого. Впрочем, В. В. Ивановский и здесь не достигает совершенной ясности и самостоятельности в изложении своих воззрений. „Государство, государственная власть и право", говорит он, „суть явления социальные и находящиеся между собою в тесной связи; как явления социальные, все они имеют психологическую природу"....„Все эти явления происходят, однако, в условиях физической природы и материальной среды, лежащих вне психической сферы человека" (стр. 27, март). В силу этого изучение указанных явлений должно быть, как думает названный автор, „социолого-психологическим".

[5]) Учебник, стр. 63. В статье „Государство, власть и право" г. Ивановский определяет право следующим образом: „под именем объективной нормы следует разуметь положение или правило, как результат психики, действующей вне того индивида, который это правило воспринимает и обязан согласовать с ним свое поведение" (стр. 37, март). Следовательно, право есть результат психической деятельности того, кто мне его предписывает. Это, конечно, чистейшая теория силы, лишь несколько странно формулированная. Говоря, ближайшим образом, о праве государственном, проф. Ивановский уже без мудрствований заявляет, что оно устанавливается „носителем государственной власти" (там-же, стр. 44)... И далее: название „государственная норма—означает не то, что она создается государством, но лишь то, что она создается в государстве носителем государственной власти".

Почему же, однако, теория эта оперирует все время терминами теорий психологических? Разве умерший 100 лет назад носитель власти, оставивший после себя мне

Библиотека Института Ленина

К того же типа воззрениям относятся и взгляды на государство и государственную власть проф. Г. Ф. Шершеневича.

Откуда—власть? спрашивает проф. Шершеневич. „Где причина такого соотношения воли разных лиц?“ [1]) Обращаясь первоначально „к самым элементарным фактам“ (как и надлежит эмпирику), именно—к семейной жизни, к „физически слабой жене“ и ее отношению к мужу, „к двум компаньонам“, совместно ведущим коммерческое дело, проф. Шершеневич считает эмпирически доказанным, что власть человека над человеком покоится на эгоистических чувствах страха и веры [2]). Пусть бы так, но автор наш в этих фактах усматривает и природу государственной власти, считая, что таким путем устанавливается ее социологическое существо. Шершеневича не смущают некоторые особенности государственной власти, — в частности — территориальный ее характер [3]). Очевидно, „страх и вера“ также имеют в этом случае территориальные признаки! Не смущает автора и отмечаемое им самим другое правовое свойство власти,—ее самостоятельность. Очевидно, страх и вера также могут быть (юридически?) самостоятельными или несамостоятельными.

Считая, таким образом, что государственная власть есть голый факт, Шершеневич отвергает возможность познания ее в юридических категориях. „Государство есть источник права, и потому определение его в категории права логически недопустимо“ [4]). Понятие государства, по его мнению, только одно — социологическое.

Но Шершеневич идет дальше: он считает необходимым „сократить слишком широко разросшуюся область правовых представлений, потому что в действительности область права уже, нежели обыкновенно думают“ [5]). Там, где нет угрозы, там нет, по мнению проф. Шершеневича, и права. Производя это сокращение, он, подобно Гумпловичу, отказывает конституционному, церковному и международному праву в имени права [6]).

Правовой нигилизм, вообще юридическому эмпиризму свойственный, достигает в суждениях, высказываемых составителем столь боль-

---

ля исполнения закон все еще продолжает воздействовать на меня психически? Оказывается, новый властитель воспринял идеи прежнего и продолжает как бы по наследству воздействовать на мою психику! Но проф. Ивановский чувствует всю странность этого объяснения и потому неожиданно, уже забыв о своем реализме, эмпиризме, психологизме, социологизме заявляет, что „структура государственной власти рано или поздно становится непрерывной“ (стр. 45).

[1]) Общая теория права, вып. I, стр. 206 и сл.

[2]) Там-же, стр. 207.

[3]) стр. 208.

[4]) Общая теория права, вып. I, стр. 212, 308.

[5]) стр. 297—298.

[6]) стр. 299—300.

шого числа учебников по разным правовым дисциплинам, высшей точки своего развития.

Государственная власть — этот „творец всего права" — есть, по Шершеневичу, власть вполне произвольная, ограничиваемая лишь нравственностью правящих и способностью сопротивления подвластных; она есть власть, весьма близкая к власти шайки разбойников [1]). „Что в самом деле, представляют собою все эти Аттиллы, Аларихи, Клодвиги, не исключая и Вильгельма Завоевателя, как не крупных завоевателей", вопрошает проф. Шершеневич. „Утвердившись разбойнически, одним насилием (здесь автор наш забыл, что по его теории всякая власть основана на насилии, но непонятно, зачем в таком случае проводить какое-то различие между государством и разбойнической шайкой?), они поняли, что в их личном интересе необходимо считаться с интересами подвластных, утвердить возможность спокойного сожительства и некоторые из них сумели установить порядок, построенный на нормах".

Таковы откровенно нигилистические итоги русской позитивно-юридической мысли, обозначившиеся в результате постепенного ее развития от Сергеевича, через Муромцева, к Коркунову и Шершеневичу,—итоги, общественное значение которых, к сожалению, никем еще не учитывалось, но наверное еще будет учтено историком русских политических настроений нашего времени.

Дальнейшее развитие русской доктрины о государстве проходит, однако, в несколько иных рамках, будучи тесно связано с именем немецкого государствоведа Георга Иеллинека.

§ 4.

„Общее социальное учение о государстве" Георга Иеллинека и его отражение в русской науке.

Сильное движение науки о государстве в сторону эмпиризма, попытки социологов различных школ вместить проблемы государственного права в свои схемы [2]), появление и развитие юридической науки о государстве, методологический синкретизм, отличавший нашу науку в предшествовавший период ее существования, связанный с именами Р. ф. Моля, Блунчли и др.—все это настоятельно требовало поста-

---

[1]) Общая теория права, стр. 312.

[2]) Рассмотрение социологической литературы, в той или иной мере касающейся вопросов государства и права, завело бы нас слишком далеко, ибо каждая социологическая теория дает свой ответ на эти вопросы. Едва ли, впрочем, включение в нашу работу упомянутого материала способствовало бы выяснению занимающих нас проблем: типичные формы приложения методов, разрабатываемых в социологической литературе, к явлению государственной власти нами, ведь, рассматриваются.

новки проблемы метода исследования явления государства во всей ее широте. Без энергического вмешательства методологической критики наука о государстве не могла рассчитывать на хоть сколько-нибудь правильный рост. Но вся острота методологического заболевания нашей науки сказывалась к концу XIX века именно в кругу тех вопросов, где юристы сталкивались с социологами, где метод формальных определений и классификации конкурировал с методом описания или объяснения по началу причинной зависимости. Задача изыскать правильный метод познания явлений государственной жизни и была сведена, таким образом, в плоскость споров между указанными научными стремлениями. Разрешить основную методологическую проблему государствоведения именно в этой плоскости и попытался в своем главном систематическом труде Георг Иеллинек.

Основная идея произведенной Иеллинеком реформы науки о государстве заключается в разделении ее на „две главные области, соответственно двум точкам зрения, с которых государство может быть рассматриваемо". Государство есть, во 1-х, социальное явление, а во 2-х—правовой институт. Соответственно этому наука о государстве распадается на социальное учение о государстве и учение о государственном праве. Общее учение о государстве, в частности, состоит таким образом из двух отделов: общего социального учения о государстве и общего учения о государственном праве [1]).

На чем же основывается это разделение науки на две области? Иеллинек подчеркивает, что основание для него заключено единственно в различии точек зрения, в различии господствующих в обоих областях методов, но никак не в представлении о двух особых существующих во вне реальностях, ибо в действительности государство как социальное явление и государство как правовой институт друг от друга неотделимы. Вслед за этим возникает, однако, второй вопрос. Исследование одного и того же явления с двух различных точек зрения грозит привести к взаимно один другого исключающим результатам. Каким же в таком случае образом из двух частей—социального учения о государстве и учения о государственном праве—может составиться одна общая наука—учение о государстве? Сможем ли мы при таких условиях получить общее и единое понятие о государстве?

Иеллинек не обходит этого вопроса, но дает на него совершенно определенный ответ. „В научном изложении учения о государстве", говорит он, „юридическое не должно быть смешиваемо с тем, что предшествует праву"... „Если учение о государственном праве и изолирует юридическую сторону государства, чтобы достичь полного ее познания, оно должно исходить из принципов, вытекаю-

[1]) Общее учение о государстве, русск. пер. С. И. Гессена, 2 изд., стр. 8—9.

щих из всестороннего изучения государства“ [1]). Только основав наши исследования на прочном фундаменте, даваемом нам социальным учением о государстве, мы можем избегнуть, по мнению Иеллинека, тех превратных и односторонних результатов, к которым неминуемо нас приводит дедуктивный характер юридических исследований с их нередко уже a priori данными догматическими выводами.

Таким образом, то, что Иеллинек называет учением о государственном праве, ставится в подчиненное положение социальному учению о государстве. И действительно, подходя ближе к формулировке правового понятия о государстве, он ограничивает свою задачу тем, что к установленному им понятию о государстве, как социальном явлении, прилагает одну из основных юридических категорий [2]).

Как видим, произведенное знаменитым государствоведом разделение двух областей учения о государстве совершенно не к выгоде учения о государственном праве. В основе этого разделения лежит „a priori данная“ идея о подчинении права факту. Операцией по части „изолирования юридической стороны государства“ достигается, следовательно, лишь то, что определение понятия о „невозможном без права“ (стр. 9) государстве создается так, как будто последнее было совершенно возможным без права, а затем уже к установленному этим путем понятию приспосабливается юридическая его квалификация.

Итак, право мыслится Иеллинеком как нечто, подчиненное факту. Право „всегда должно исходить из реальных фактов“, факт имеет свою нормативную силу [3]). Наши правовые понятия суть лишь абстракции, выводимые из данных юридических правил и имеющие целью систематизировать всю совокупность этих правил с какой-либо единой точки зрения [4]). Право сводится, таким образом, лишь к действующим правилам, т. е. опять таки к реальным фактам [5]).

Приступая к определению социального понятия о государстве Иеллинек стремится, прежде всего, к отысканию „конечных объективных составных элементов государства“ [6]). Таковыми являются, по его мнению, „отношения воль властвующих и подвластных“, при чем в содержании этих отношений (хотя здесь отыскиваются и объективно-

---

[1]) Общее учение о государстве, стр. 9—10.

[2]) Общее учение о государстве, стр. 132. Иеллинек говорит здесь, что юридическое понятие „должно примкнуть“ к социальному.

[3]) Общее учение о государстве, стр. 117. О нормативной силе фактического см. стр. 247 и сл.

[4]) Ubi supra.

[5]) „Необходимым признаком всякого права является то, что оно есть право действующее“ (стр. 244).

[6]) Общее учение о государстве, стр. 128.

ные элементы, т. е., следовательно, речь идет не о точке зрения, а об явлении „существующем во времени, а по общему правилу и в пространстве“) право мыслится как бы отсутствующим. Но, установив путем, очевидно, эмпирического наблюдения эти конечные элементы, Иеллинек не желает изучать их по началу причинной зависимости. Вместо этого он немедленно вступает на путь телеологии, заявляя о своем намерении лишь систематизировать указанные элементы по принципу цели [1]). Государство и относится им к категории единств, созданных в нашем сознании по началу цели. Одним из видов телеологических единств являются человеческие союзы, к числу которых принадлежит государство. Последнее определяется, таким образом, как союзное единство, которое наделяется, уже чисто конструктивным способом, свойством верховного, или, точнее, первичного и господствующего, властвования.

Но эту первичную и господствующую власть государство обрело у Иеллинека будучи рассматриваемо лишь как социальное явление, т. е., что то же,—в изолированном от права виде. Отсюда—возможность противопоставления государственной власти праву, знаменитая проблема о связанности государства правом. В этом вопросе Иеллинек является, правда, умереннейшим среди всех тех, которые когда-либо выводили право из факта. Он признает связанность государства правом, обосновывая таковую на идее самоограничения государственной власти. Путем самообязывания государство подчиняет себя праву [2]). Но это не изменяет в основном и главном того отношения между фактом и правом, которое устанавливается Г. Иеллинеком. У него, как у всех других, стремящихся исследовать правовые явления позитивными методами, право связывается с одним из фактов, при чем для этой цели избирается Иеллинеком факт устойчивости, „гарантированности“ известных состояний [3]). Но Иеллинек, в отличие от других, отдает себе во всем этом полный отчет. Он обосновывает право на факте, выдвигая учение о нормативной силе фактического. „Превращение власти государства, первоначально повсюду фактической, в правовую всегда обусловливалось тем, что присоединялось убеждение о

---

[1]) При этом и понятие цели не выражено у Иеллинека с полной точностью. Он говорит о цели с одной стороны, как о принципе систематизации: . . . „въ основу каждого единства должен быть положен какой-либо объединяющий принцип“, пишет он, после чего устанавливает понятие о пространственных, временных и телеологических единствах. Наряду с этим Иеллинек говорит о цели и как о „длящейся общей цели“, которою связаны члены целого, представляющегося нам единством (см. стр. 128—129). Здесь, очевидно, имеется в виду цель в эмпирическом смысле. Срв. Jellinek Gesetz und Verordnung, S. 193.

[2]) См. особенно Jellinek. Die rechtliche Natur der Staatenverträge, 1880, S. 14 и сл. Общее учение о государстве, стр. 270 и сл. System, S. 10., Gesetz u. Verordnung, 1887, 196.

[3]) Там-же, стр. 244.

нормативном характере этого фактического элемента, что должно быть так, как есть [1]).

Учение о праве и государстве Иеллинека, конечно, значительно отличается от того, что мы видели у Гумпловича, Зейделя, Шершеневича и др. эмпириков юриспруденции. Но различие это проходит на самом деле далеко не там, где его обычно усматривают. Обыкновенно изображают Иеллинека главою „идеалистической" школы, противопоставляя ей, как направлению, пропитанному фикциями и абстракциями, „реалистическое" учение, чуждое этих увлечений [2]). Что касается до юридической метафизики, которою действительно изобилуют труды Иеллинека и его школы, то об этом речь у нас будет впоследствии. Оставляя юридико-конструктивную сторону работ Иеллинека пока в стороне, мы не можем не протестовать против отнесения рассматриваемого писателя к идеалистическому направлению.

Различие воззрений Иеллинека на право и государство от учений упомянутых выше писателей проходит не в плоскости различия „идеализма" от „реализма". Реализм в установлении существа права свойственен доктрине покойного гейдельбергского профессора не в меньшей мере, чем тому же Гумпловичу или Шершеневичу. Различие это покоится на самом деле на различии задач, которые ставятся в том и другом случае позитивно-реалистическому исследованию.

В одном случае (у Гумпловича и др.) позитивно-реалистическое исследование имеет в виду установить известную причинную зависимость между определенными фактами, при чем задача эта не соразмеряется заранее с тем, какие последствия могут отсюда вытечь для права. Последние для исследователя более или менее безразличны. Иной характер носят исследования Иеллинека. Весь его „реализм", всё его „социальное учение о государстве" специально устремлены на то, чтобы, приняв за исходный пункт факты, именно на этой почве обосновать право.

Из различия этих задач вытекают и различные результаты, для юридической науки существенно важные. В одном случае над всем исследованием господствует дух правового нигилизма, при чем последний как бы заранее предусматривается, в другом—таковой заранее исключается. При всем том, однако, оба течения объединяются в признании и принятии в расчет одного лишь действующего, положительного права. Настроенные одинаково враждебно к праву естественному, праву правильному, праву эволюционному и т. д. они признают за право лишь действующие и

[1]) Там-же, стр. 251.

[2]) См., напр., А. А. Жилин, Учебник государственного права, 1916 г., стр. 49. К. Н. Соколов в прим., помещенн. в 7-ом издании Русского Госуд. Права Н. М. Коркунова, т. I. стр. 50, выноска 1.

при этом лишь „гарантированные“, или „защищенные судом“ и пр. нормы. Но и в отношении указанных научных течений к действующему праву можно заметить весьма существенные оттенки различия. Одно—не в состоянии действующего права отрицать, другое—стремится его обосновать. Одно, не отрицая значения действующего права, ценит, однако, в общей цепи причинной связанности не его, как таковое, а какую-либо иную силу (фактическую победу какого-либо класса в социальной борьбе, фактическое господство des „Herrschers Preussens“ и т. д.), тогда как Иеллинек и его школа ценит действующее право, известную устойчивость государственного порядка, факт „гарантированности“ известных интересов и т. д. От идеи оценки фактов не может во всяком случае освободиться ни одна из доктрин, сколь бы „реалистично“ или „эмпирично“ не была она построена. Но чем грубее эмпирические приемы исследования, чем наивнее реализм, тем примитивнее те факты, с которыми связывает данное мировоззрение нормативную силу.

Методологическая система Иеллинека не может быть, разумеется, рассматриваема изолированно, вне связи с определенным общественно-правовым течением. Само учение это, несомненно, имеет свои корни в позитивно-юридических воззрениях Иеринга, который выполнил по отношению к частному праву задачу, осуществленную впоследствии Иеллинеком в отношении к праву публичному. Иеринг также, как позднее Иеллинек, поставил своей целью обоснование права из факта, хотя обоснование это проводилось ими различно. И у Иеринга право вытекает из самоограничения власти [1]), но самоограничение это понимается им как самоограничение во имя собственного интереса властвующего, тогда как у Иеллинека оно носит скорее нравственный характер [2]). Во всяком случае оба названных знаменитых юриста представляют в общем одно мировоззрение, мировоззрение, центр тяжести которого заключается в „защите“ или „гарантии“

---

[1]) Der Zweck im Recht, I, 250.

[2]) „Was bestimmte den Mächtigen, bevor der Gegner als Sklave zu seinen Füssen lag, das Schwert in die Scheide zu stecken und ihm billige Bedingungen zu gewähren? Die Menschlichkeit? Es ist dieselbe Menschlichkeit, die ihn vermochte, den unterworfenen Feind am Leben zu lassen, d. h. sein eigenes Interesse (Jehring, Der Zweck im Recht, I, 248). Срв. Jellinek. Die rechtliche Natur der Staatenverträge, S. 15. Ероже, Die socialisthische Bedeutung des Rechts, Unrechts und Strafe, 1878, S. 42. Ответом Иерингу является книга F. Dahn, Die Vernunft im Recht, 1879, passim. По его мнению, право возникло не через „октроирование“, но, как и семья (??), язык, мораль, искусство, религия, знание, „durch gemeinsame Anlage, Bedürfnisse, Erfahrung, Vererbung (?)“ (стр. 44). Различие воззрений Иеринга и Иеллинека обусловливается также различием утилитаризма, воодушевлявшего первого, от позитивного кантиантства, на которое опирается второй. Об этом, впрочем, речь ниже. О Гумпловиче см. интересные замечания у П. Б. Струве, Patriotica, 1911, 612 сл.

действующим правом частного интереса, мировоззрение, возводящее в норму существующее, действующее право. И нужно сказать, что из предпосылок, формулированных в социальном учении о государстве Г. Иеллинека и еще раньше у Иеринга, исходит, в сущности, за редкими исключениями, вся современная юриспруденция [1]). Ее культ—действующее и только действующее право. Иного критерия для оценки окружающей действительности с правовой точки зрения кроме того, что дается законом, она не признает. Верховным, всеподчиняющим началом новейшей юриспруденции служил и служит принцип верховенства формального закона. В основе каждой почти юридической монографии, каждого курса и учебника лежат, поэтому, в качестве общего предположения, идеи названных корифеев немецкой правовой мысли о нормативной силе фактического, о том, что право имеет своим источником факт, что оно вытекает из того или иного самоограничения властвующего. Это предположение составляет общий социологический или реалистический фундамент всей современной юриспруденции, на основе которого ею и возводятся более и менее субтильные постройки из абстрактных понятий [2]).

Отмеченная общая научная тенденция не могла пройти мимо и молодой еще русской юридической литературы. За начальный пункт этого движения в России следует признать работу В. М. Гессена о правовом государстве [3]). Впервые в русской литературе здесь выдвигается проблема связанности государства правом. „Два одинаково бесспорных положения", спрашивает В. М. Гессен: „государство творит право" и „государство является правовым субъектом" находятся, повидимому, в непримиримом противоречии друг с другом? [4]). Автор соглашается с Г. Иеллинеком в том, что государство „связано" правом, но он отвергает, однако, положение о связанности законодателя изданным им законом. По мнению В. М. Гессена, который, стремясь установить технически-юридическое понятие о право-

---

[1]) Новейшая попытка развития идей Иеллинека о нормативной силе фактического представлена J. Hatschek'ом, Jarbuch des öffentlichen Rechts, 1909, 34 u. ff.

[2]) Теоретическое выражение общей тенденции см. у Bergbohm'a, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, B. I, 1892, S. 80; A. Merkel, Juristisch. Enzycl. § 60; Регельсбергер, Общее учение о праве, русск. пер. под ред. Гамбарова, § 1. Обращает на себя внимание формулировка A. Haenel'я (Deutsches Staatsrecht, I, 1892, S 116): „das Recht ist die dem Staate notwendige Erscheinungsweise".

[3]) В сборнике „Политический строй соврем. государств", т. I, 1905 г., стр. 117 и сл. Ср. его-же: Основы конституциоцного права, 1917 г., стр. 27 и сл. На значение названной статьи В. М. Гессена см. указания С. А. Котляревского, на диспуте в Московском университете „Право", 1917 г., № 1.

[4]) Теория правового государства, стр. 133 и сл.; Основы конституционного права, стр. 27 и сл. На-ряду с трудами В. М. Гессена имели значение и работы А. С. Алексеева (см. напр., соч., указ. выше), особенно, Ф. Ф. Кокошкина (К вопросу о юридич. природе государства. Ученые записки Московск. Универс. 1896, вып. XIII).

вом государстве, значительно суживает принципиальную постановку вопроса, данную Иеллинеком, „не государство вообще", а „действующее, управляющее" государство связано своим правом. Не в области законодательства, а лишь—администрации и суда находит таким образом В. М. Гессен правовую связанность государства [1]).

Вслед за проф. В. М. Гессеном и Ф. Ф. Кокошкиным, примкнувшим позднее в этом вопросе в общем к течению, представленному в немецкой литературе Бирлингом, та-же проблема ставится и проф. Н. И. Палиенко, который, впрочем, пытается разрешить ее в понятиях психологической теории права, не проводя и ее хоть сколько нибудь определенно [2]). Наконец, в последнее время проблема об отношении власти и права поставлена в новейших, упомянутых выше, трудах Б. А. Кистяковского и С. А. Котляревского, к учениям которых мы и должны сейчас приступить.

Б. А. Кистяковский, следующий в главном за Иеллинеком, не дает собственной теории о сущности государственной власти, ограничивая свою задачу изысканиями чисто методологического свойства. Как и Иеллинеку, государственная власть представляется Кистяковскому в виде „самостоятельной и первичной, т.-е. ни от кого не заимствованнной" властью [3]). Вслед за Иеллинеком Б. А. Кистяковский производит разграничение методов исследования явлений государственной жизни. Не отрицая значения догматической юриспруденции, как „вполне определенного вида научного знания о правовых явлениях, соответствующего той цели, которую она преследует", Б. А. Кистяковский сетует на то, что методы догматической юриспруденции, в силу ее большей развитости по сравнению с другими отделами правоведения, часто принимают за методы научного познания права вообще [4]). Нельзя, впрочем, не отметить, что между Г. Иеллинеком и Б. А. Кистяковским обозначились и некоторые, довольно существенные, в вопросах методологии различия. Если Иеллинек выдвинул возможность лишь двух точек зрения на государство

---

[1]) В более ранней своей работе—Возрождение естественного права, 1902 г.—В. М. Гессен, высказывал иные воззрения на право и его отношение к государству. В названной статье В. М. Гессен полемизирует с Бергбомом и др. позитивистами. Ср. его „Об одной книге", Право, 1916, № 51—52, стр. 2813 сл.

[2]) „Мы полагаем, пишет проф. Палиенко, что нормы, законы, которые устанавливаются государством... являются внешними императивными нормами также и для него самого, потому что обязательность их для государства зиждется не на государственной лишь власти, но обусловливается тем психологическим фактором, который в огромной мере обусловливает и самую силу государства, его власть,—признанием со стороны подвластных" (Н. И. Палиенко, Учение о существе права и правовой связанности государства, 1908 г., стр. 337). Теория безвременно умершего Ф. Ф. Кокошкина была рассмотрена нами прежде. См. нашу статью в „Праве", 1915 г., № 42, стр. 5652 и сл.

[3]) Цит. выше соч., стр. 412.

[4]) Там-же, стр. 422. Эта мысль повторяется автором в названной книге десятки раз.

—социологическую и юридическую,—при чем вторую всецело подчинил первой, то Б. А. Кистяковский наметил четыре точки зрения для исследования явления права, при чем установил между ними не подчиненное, но соподчиненное положение. По его мнению, может существовать одновременно четыре теоретических понятия о праве: государственно-организационное („право есть то, что государство приказывает считать правом"), социологическое, психологическое и нормативное[1]). Разумеется, перед ним немедленно же возникает задача научного синтеза этих четырех понятий о праве, при чем здесь то и обнаруживаются все последствия этого плюрализма. Не пытаясь создать при посредстве всех своих четырех точек зрения единого понятия о праве, но сознавая необходимость такового, г. Кистяковский ограничивается лишь тем, что указывает путь синтетического познания права. Но путь этот представляется все же мало определенным. Проф. Кистяковский рекомендует исследователям права, стоящим на каждой из упомянутых четырех дорогах, учитывать связь изучаемой ими стороны права со всеми другими его сторонами [2]).

Не знаем, что может из этого получиться, но пока нельзя не отметить, что в общем из лабиринта методологических путей, начертанных упомянутым исследователем, трудно куда-нибудь выйти. Допущение „государственно-организационной" точки зрения, предполагающей приоритет государства над правом, говорит о подчинении права факту. „Нормативная" точка зрения приводит к иным выводам. На-ряду с этим названный автор развивает мысль о том, что „всякая власть должна быть носительницей какой-нибудь идеи, она должна иметь нравственное оправдание" [3]) и что „над властью все более приобретает господство правовая идея, идея должного" [4]). Здесь Кистяковский неожиданно сходит с пути методологических исследований, впадая в совершенно некритический исторический эмпиризм. В понимании права Кистяковский стоит, впрочем, вообще на чисто эмпирической почве. Говоря о „реальности права" он имеет в виду реальность „в самом обыденном эмпирическом смысле" [5]), при чем в дальнейшем упоминает даже о „вещеподобности" права [6]). Желая же наметить эту реальность, он помещает ее „приблизительно по середине

---

[1]) Цит. выше соч., стр. 321 и сл.

[2]) См. стр. 332. В другом месте того же исследования Б. А. Кистяковский рекомендует строить науку о праве на „философии культуры" (стр. 384) и, ближайшим образом, в рамках того ее направления, которое представлено В. Виндельбандом, Г. Риккертом и др. (стр. 388). Мысль об ориентировании теории права на философии культуры, „на всей совокупности гуманитарных наук", не тождественна, несомненно, с идеей плюрализма, изложенной несколько выше.

[3]) Стр. 478.

[4]) Стр. 479.

[5]) Стр. 333.

[6]) Стр. 335.

между реальностью произведений скульптуры и живописи, с одной стороны, и произведений литературы и музыки—с другой". Этим странным определением имеется в виду оттенить мысль, что „при своем объективировании произведения человеческого духа всегда получают то или иное материальное воплощение" [1]), но в одних культурных благах (куда относится скульптура и живопись) материальные элементы составляют существенную часть, ибо каждое произведение упомянутых видов искусства есть всегда в то же время и физическая вещь, тогда как в других (литература, музыка) физические элементы играют меньшую роль. В чем, однако, заключаются материальные элементы права? Г. Кистяковский упоминает вскользь о „субстанциальных элементах общественной организации", что, конечно, не выясняет ничего по части физической структуры права [2]). Вместо выяснения этого он указывает еще на возможность ориентироваться в вопросе о реальности права на том, как решают проблему реальности для своей области в естествознании, т. е.—конструкцией особой реальности путем установления необходимых соотношений между явлениями. Но здесь Б. А. Кистяковский имеет в виду уже устранение „материальной субстанции", —замену ее гипотезой энергетизма [3]).

Мы видим, таким образом, что учение Кистяковского о праве носит вполне реалистический характер, хотя названный автор наряду с этим признает и защищает принцип долженствования как в области научного познания, так и в этике [4]): „нравственный принцип" пишет наш автор, „по самому смыслу своему неизменен и безусловен". Отсюда, однако, вытекает, что Кистяковским принято предположение о существовании одного только действующего права: лишь руководствуясь этой идеей г. Кистяковский может соединять в своем мировоззрении реалистический взгляд на право с метафизическим—на нравственность. Во всяком случае Кистяковского занимает лишь проблема действующего права; только его пытается названный ученый обосновать.

В общем при всех интересных намеках г. Кистяковского, его плюралистко-реалистическая система не прибавила в области обоснования и определения существа права ничего к тому, что было сделано Иеллинеком. Оригинальные попытки Б. А. Кистяковского, направленные на то, чтобы, приняв точку зрения реализма, обосновать на ней право, пока еще не дали результатов.

Несравненно более определенный характер носят построения С. А. Котляревского.

---

[1]) См. стр. 335—336.

[2]) Здесь г. Кистяковский уже серьезно расходится с Иеллинеком, для которого явления государства и права не субстанции, но всегда функции (Общее учение о государстве, стр. 127).

[3]) Стр. 337.

[4]) Стр. 236, 245 и сл.

И он, как было уже сказано прежде, не отрицает значения юридического метода, хотя и придает ему лишь условное научное значение. С. А. Котляревского интересует „не власть, как система юридических норм, на коих держатся и по коим действуют государственные учреждения", а власть, как обозначение своеобразных переживаний" [1]). Познание явления власти в этом последнем смысле имеет, как думает упомянутый ученый, решающее значение; если бы не существовало соответственных психических переживаний, то не было бы и мотивов создавать систему юридических норм.

Мы уже видим, что точка зрения правовая подчинена С. А. Котляревским точке зрения психологической, право, как и у Иеллинека, подчинено факту. Оригинальность русского ученого выражается здесь, однако, в том, что „социальное учение" заменено психологическим [2]).

Анализируя психическую природу отношений властвования, С. А. Котляревский, приемлет в общем известную уже нам теорию Коркунова, считая, что последний „именно в анализе явлений власти выказал всю проникновенную глубину своей интуиции и всю широту своего научного кругозора" [3]). По мнению С. А. Котляревского, Коркунов стоял на правильном пути, когда он основное и первоначальное усмотрел „именно в подчинении, точнее — в чувстве зависимости" [4]). „Это чувство", говорит С. А. Котляревский, „всем близко и знакомо из ежедневного внутреннего опыта; несравненно сложнее чувство властвования. Там, где никто не подчиняется, никто и не властвует, напротив, можно вполне себе представить подчинение, которому не соответствуют никакие стремления повелевать, более того, которому вообще не отвечает никакое властвование — даже властвование, скрывающееся, по Карлейлю, в великом молчании, где над человеком господствуют лишь призраки его воображения" [5]). Поясняя эту мысль, С. А. Котляревский приводит строфы из „Моцарта и Сальери", долженствующие показать, что, напр., гений властвует над людьми, импонирует им, часто тем неотразимее, чем менее он хочет проявить свое влияние, чем менее иногда он сам его сознает:

---

[1]) Власть и право, стр. 11.

[2]) Н. И. Палиенко в своем исследовании о „задачах и пределах юридического изучения государства" (Ж. М. Ю., 1912 г., № 2), возражая Иеллинеку, подчиняющему юридическое учение социальному, указывает на то, что „базирование" юридического учения на социальном может привести к искажению догматического исследования (стр. 54). Это, конечно, верно, но в таком случае следует иным каким-либо образом объединить два разнородных понятия о государстве, создаваемых двумя методами.

[3]) Там-же, стр. 6.

[4]) Стр. 11.

[5]) Стр. 11—12.

... о небо!
Где ж правота, когда священный дар,
Когда бессмертный гений не в награду
Любви горячей, самоотверженья,
Трудов, усилия, молений послан,
А озаряет голову безумца,
Гуляки праздного?" [1]).

Соответственно этому и природа государственного властвования может быть понята „лишь на фоне гораздо более широком, чем тот, который в состоянии дать изолированная наука о государстве" [2]). Основой и здесь является, по Котляревскому, сознание зависимости, „которое выростает из самого первобытного опыта и которое безконечно укрепляется его одновременным переживанием у массы людей" [3]). Противоречие, столь поразившее Руссо, между естественной свободой человека и повсеместно наложенными на него цепями, „еще более глубоко", чем то казалось женевскому философу: „если верно его „l'homme est né libre", то верно в известной степени и признание гетевского Tasso: „der Mensch ist nicht geboren frei zu sein". „Человек рождается и свободным и подневольным, рождается с этой двойственностью в естественных предрасположениях",—таков вывод проф. Котляревского.

Установив это положение, С. А. Котляревский делает, однако, немедленно к нему оговорку: мы не можем, говорит он, смотреть на власть исключительно как на проекцию внутренних состояний, переживаемых подвластным. „Воля к власти", возвеличенная Ницше, есть также несомненная психологическая реальность [4]). К теории Коркунова вносится, таким образом, некоторая поправка: под совместным действием воли к власти и сознания зависимости „слагается столь нам привычное и столь загадочное осуществление власти" [5]).

Слагающаяся в силу воздействий указанных причин государственная власть „способна стать великой культурно-этической ценностью", способна осуществлять весьма важные социальные функции [6]). Значение власти по мере усложнения жизненных условий все более, при этом, усиливается. Великие задания, перед государством стоящие, „требуют сильного авторитетного правительства, властного воздействия на

[1]) Там-же, прим. 2.
[2]) Стр. 14.
[3]) Стр. 15. Это положение дает С. А. Котляревскому возможность отрицать значение принуждения в государственном властвовании, которое, как он полагает, „играет ничтожную роль" (u. s.).
[4]) Стр. 16, курс наш.
[5]) Стр. 17.
[6]) Стр. 19.

жизнь нации“ [1]). Но, с другой стороны, власть в современном государстве принимает „все более и более правовой облик“. Правда, правовой характер определяет власть, по мнению С. А. Котляревского, „скорее в отрицательном, чем в положительном смысле“, тем не менее праву приписывается им в государственной жизни весьма значительная роль.

С. А. Котляревский отвергает старые естественно-правовые учения, по которым самое возникновение государства мыслилось как юридический акт, но столь же мало приемлемо для него и другое, противоположное, учение, по которому государство есть единственный творец всего права [2]). Он становится на выдвинутую Гирке позицию об „относительной независимости“ указанных явлений, занимая и в этом вопросе позицию среднюю [3]). „Власть и право—две стихии государства, хотя не в одинаковой степени первоначальные“. Essentiale государства—власть [4]).

Но если, по Котляревскому, право—этот, хотя и вторичный, но все же чрезвычайно важный элемент государства,—существует наряду с властью, то где же заключен источник его происхождения?

„Происхождение его слишком понятно“, пишет С. А. Котляревский,—„оно вытекает из осмысленного инстинкта самосохранения—из того инстинкта, который заставлял порабощенную массу приветствовать хотя бы суровые законы, приходящие на место чистого произвола властителей“ [5]). Но, высказав эту мысль, автор тот час же задает себе другой вопрос. Держатели власти сами, по мнению С. А. Котляревского, вводят ее в известные правовые формы, налагая на себя известные ограничения даже тогда, когда объективная для того необходимость как будто отсутствует [6]). Как объяснить это, спрашивает наш автор, и после некоторых рассуждений приходит к тому, что принимает, с некоторыми оговорками, теорию самоограничения государственной власти Г. Иеллинека. Оговорки же, вносимые С. А. Котляревским, заключаются в том, что самоограничение носит, по его мнению, не автономный, как у Иеллинека, но—гетерономный характер,—привносится извне.

От этого теория самоограничения принимает, как будто, более эмпирический вид, но задача обоснования права едва ли выигрывает. Сама идея самоограничения власти содержит в основе своей весьма серьезное противоречие. Если право есть такой же эмпирический факт,

---

[1]) Стр. 20.
[2]) Стр. 23—24.
[3]) Стр. 26.
[4]) Стр. 27.
[5]) Стр. 32.
[6]) Стр. 43—44.

как отношения властвования и подчинения (и оно таковым фактом неминуемо должно быть признано, коль скоро считается, что существует одно лишь действующее право), то оно ни в каком обосновании, кроме причинного объяснения связи с другими фактами, не нуждается. Безполезны, поэтому, все рассуждения Иеллинека о самоограничении автономной воли. Если же право—не эмпирический факт, а нечто ему логически противоположное (тогда оно действительно нуждается в обосновании), то выводить его из факта логически недопустимо. Но как только мы признаем, что право—антипод факту, то тем самым уже мы выходим за узкие пределы действующего права, а в таком случае теория самоограничения по-просту излишня [1]).

Что же касается специально тех оттенков, которые придает этой теории С. А. Котляревский, то они, как нам кажется, делают её уже совершенно безполезной. В самом деле, если право является в результате „привносимого извне", благодаря „осмысленному инстинкту самосохранения", самоограничения властвующих, то оно понимается просто как ослабленная в отношении к подвластному власть. При более сильно развитом чувстве „сознания зависимости" у одних, при значительно развитой „воли к власти" у других, наряду с ослабленным проявлением „инстинкта самосохранения",—власть становится сильнее, „правовые сдержки" ослабевают. И, наоборот, при усилении проявлений этого инстинкта и ослаблении первых двух процессов власть ослабляется в своем непосредственном воздействии на индивида, отрицательные ее определения—„право!"—приобретают большее значение. Но в таком случае проблема права в его отношении к власти из плоскости правильности власти переносится в плоскость степени ее силы, или, в лучшем случае,—правильности чисто технической, правильности в смысле организованности. Вместе с этим, однако, упраздняется и правовая проблема: каждая существующая власть рассматривается как правильная власть, всякие действующие, от той или иной силы исходящие, правила квалифицируются как право, хотя бы они в основе своей противоречили нашей правовой идее, нашему представлению об arte boni et aequi.

---

[1]) Критические замечания о теории самоограничения государственной власти см. у Triepel'я—Völkerrecht und Landesrecht, 1899, стр. 77. Здесь правильно указывается, что собственная воля способна связывать в области морали, но не в области права.

Едва ли нужно упоминать о том, что сказанное в тексте относительно теории самообязывания применимо и ко всем другим попыткам обоснования положительного права; в частности и к теории Triepel'я, а равно и других международников (напр. P. Heilborn, Grundbegriffe des Völkerrechts, 1912, E. Kaufmann, Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus, 1911 г., А. А. Байков, Правовое значение оговорки rebus sic stantibus, 1916 г. и др.). То же должны мы пока сказать и о теории Bierling'a, op. cit., M. Hauriou, Principes de droit public, 1916, с тем, чтобы еще вернуться к этим писателям в дальнейшем.

Но этот вывод связан не только с учением Котляревского, но неизбежно вытекает из всякого учения, которое, исходя из того, что право есть лишь действующие законы, обычаи и т. д., пытается познать его эмпирическим путем, ибо „действующее право“ само по себе есть лишь правила, порождаемые человеческими действиями, есть совокупность фактов, но еще не право. Для того, чтобы за этими фактами признать свойства должного, правового, необходимо, как увидим ниже, установить на них некую особую точку зрения, в которой, очевидно, и скрыто все essentiale „правильного“, правового [1]).

§ 5.

Реалистическое обоснование права естественного во французской и русской науке.

Двумя выдающимися юристами, которым, наряду со Штаммлером, принадлежит, несомненно, руководящая роль в новейшей философии права, была сделана попытка, приняв реалистический фундамент, обосновать на нем уже не положительное, но „естественное“ право. Мы имеем в виду Л. Дюги и Л. И. Петражицкого. Первый ставит своей задачей обоснование „права социального“, второй—„права интуитивного“. Один исходит при этом из данных социологии, другой—психологии. К господствующим учениям оба названных автора относятся одинаково отрицательно. В априоризме и „фиктивности“ обвиняет их Дюги [2]); „наивную проэкционность“ приписывает

[1]) Известная книга Krabbe (Die Lehre der Rechtssouverenität, 1906) представляет попытку эмпирического доказательства верховенства права. По его мнению, право порождает власть (стр. 135). На ту же точку зрения становится П. А. Покровский (О государственной власти 1914 г., стр. 45—46; К вопросу о субъект. международного права, Журн. Мин. Иностранных Дел, 1912 г., стр. 184 и сл.). Но эти попытки (к ним мы еще вернемся) по существу безплодны, ибо производятся на основе метода, содержащего в своей идее отрицание права, ибо отождествляет его с „действующим правом“.

Опытное учение о самоограничении власти пытается дать А. М. Горовцев (Некоторые осн. спорные вопросы учения о праве в связи с международным правом, 1916—17 г.). По его мнению, „в отношении опытного изучения идеи правотворчества (!?) юрист находится... в условиях еще более благоприятных, чем физик или естествоиспытатель“... (стр. 47).

Строго эмпирический характер носит и интересная, впрочем, книга E. Ehrlich'a Grundlegung der Sociologie des Rechts, 1913. Исходный пункт его исследований составляет положение, что право есть „правило поведения“ (стр. 7), порядок, существующий в обществе (стр. 18—19). Объяснение праву Ehrlich видит в „Uebungen, die in den geselschaftlichen Verbänden jedem einzelnen ihrer Angehörigen seine Stellung und seine Aufgabe anweisen“..., а также в „Rechtssätzen des staatlichen und Juristenrechts“ (стр. 136).

[2]) См. L. Duguit: L'Etat, le droit objectif et la loi positive (Etudes de droit public. I) 1901, p. 5 et suiv. Его-же Traité de droit constitutionnel, I. 1911, 57; Его-же. Социальное право, индивидуальное право, преобразование государства, русск. пер., 1909, стр. 9 и сл.

им Петражицкий [1]). Вместе с тем оба они стараются остаться на почве фактов, воспринимая таковые с елико более возможной простотой. На фактах стремится построить свое учение Дюги [2]), в наблюдении состоит „основной метод изучения и познания предметов и явлений", по мнению Петражицкого [3]).

Замечательно, однако, что как только названные ученые приступают к осуществлению своих намерений по части констатирования фактов, то, при одинаково вдумчивом к ним отношении, при одинаково добросовестном стремлении избегать всяких „фикций", „фантазм", „проекций", каждый воспринимает факты по своему. Более того, факты оказываются у каждого из них явлениями совершенно различного порядка.

В чем заключается основание правовой нормы,—спрашивает Дюги. Основания эти, говорит он, нельзя найти в индивиде; оно может иметь свое бытие только в человеческом обществе [4]). Соответственно этому все усилия Дюги направлены на констатирование фактов социальной жизни.

Наоборот, Петражицкий под правом „в смысле особого класса реальных феноменов" понимает внутренние переживания человека,—„те этические переживания, эмоции которых имеют аттрибутивный характер [5]), а „надлежащим и единственно возможным приемом наблюдения правовых явлений" он признает „метод самонаблюдения, интроспективный метод" [6]).

Исходя, таким образом, из одного и того же, несомненно, реалистического задания, Петражицкий и Дюги немедленно же расходятся друг с другом, как только начинают применять свои эмпирические методы к исследованию явлений действительности. Названные ученые, подобно всем другим реалистам и эмпирикам, не могли избежать того вполне реального влияния, которое оказывают на каждого из нас наши „априорные" понятия о том, где должны находиться необходимые нам „реальные феномены".

Разойдясь в определении места нахождения права, упомянутые ученые, естественно, различно определяют и его существо.

Единственно в объектном правиле поведения усматривает сущность права Дюги. „Il est une règle objective", утверждает он. Это объективное правило не есть, однако, категорический императив

---

[1]) Л. И. Петражицкий, Введение в изучение права и нравственности, изд. 3-ье, стр. 26; Теория права и государства в связи с теорией нравственности, т. I, 1909 г. стр. 85; т. II, 1910 г., стр. 326 et pass.

[2]) См. напр., L'Etat, I, p. 16, 23 et passim.

[3]) Введение, стр. 23, 30.

[4]) Op. cit. 16.

[5]) Теория права, I, стр. 85.

[6]) Введение, стр. 31.

Канта, как, равным образом,—не моральное правило утилитаристских или гедонистических доктрин. Это—правило фактическое, обязывающее людей только в силу того, что, не соблюдая его, они не могли бы жить в обществе [1]). Не на высшем принципе, но на реальности покоится право.

Право рассматривается, таким образом, у Дюги, как некий закон социальной жизни. Последний имеет, однако, некоторые, по его мнению, отличия от законов физики и биологии. Эти законы, говорит Дюги, следуя здесь за Иерингом, суть законы причины, тогда как правила социальной жизни—законы целевые [2]). Правовое правило есть правило законности целей, в чем и заключено его отличие от закона физики и биологии, устанавливающего между явлениями причинную связь.

Но, являясь законом цели, объективное правило человеческого поведения не утрачивает, однако, всех тех свойств, которые присущи законам природы. Оно с необходимостью вытекает из общности человеческих желаний, мыслей, нужд,—словом—из солидарности людей по сходству—с одной стороны, как равно и из различия желаний и мыслей--солидарности через разделение труда—с другой стороны [3]). Общество не существует и не может существовать иначе, как в условиях солидарности, которая и является истинным основанием права. Правовая норма не может, поэтому, состоять ни в чем ином, как в следующей формуле: не делать ничего, что приносило бы социальной солидарности вред, и поступать так, чтобы ее реализовать и развивать [4]). Короче, право состоит в солидарности, оно, в сущности, есть сама солидарность, ибо одно явление без другого, по Дюги, немыслимо [5]).

Такова доктрина, открывающая праву, несомненно, новые горизонты. Вместо „защищенного интереса", вместо „гарантированного порядка", словом,—вместо начала действующего права, здесь выдвигаются идеи несравненно более высокого порядка, идеи о праве, как общественном служении. И нужно удивляться И. А. Покровскому, который в своей во всех отношениях интересной книге уподобил идеи Дюги идеям, лежавшим в основе старого „Прусского земского права" [6]).

Однако, нельзя не заметить, что эта доктрина носит на самом деле столь же реалистический характер, сколько имеют в себе реализма критикуемые Дюги индивидуалистические и этатические уче-

[1]) См. особенно L'Ètat, I, 16.

[2]) Ibid. 17.

[3]) p. 40—41, Traité t. I, p. 14 et suiv.

[4]) Traité, I, 17; L'État, I, 91.

[5]) L'Ètat, I, 90.

[6]) И. А. Покровский, Основные проблемы гражданского права, 1917 г., стр. 88 и ся.

ния. Как правильно было замечено П. И. Новгородцевым, идея социальной солидарности указывает на нечто большее, чем существующее фактическое положение: „она говорит о социальном долге человека, о том, что „его права суть лишь последствия его обязанностей“ [1]).

Итак, сколь часто ни повторял бы Дюги, что социальная солидарность—не долг, но факт, идея эта заключает в себе все признаки из области должного. Если бы солидарность была только фактом, то ее и не нужно бы было возводить в норму, ибо факта нарушить нельзя, „факт всегда остается только фактом“ и сам Дюги не заходит так далеко, чтобы считать социальную солидарность и порождаемые ею правила ненарушимыми.

Поскольку, однако, Дюги обосновывает свое учение на фактах, постольку он не только устраняет из него все прекрасные свойства утверждения в юриспруденции начал „boni et aequi“, но и лишает самое идею социальной солидарности всякой обоснованности.

Всякое действующее право, всякий закон, выражает право, правовую норму, коль скоро социальная солидарность есть факт. Дюги это и утверждает, говоря, что „закон есть акт, которым правители констатируют норму объективного права“ [2]). Но в таком случае доктрина Дюги превращается из учения о социальном праве в доктрину действующего права. Вместо обоснования права социального она приводит к тому, что придает свойства социального, выражающего общественную солидарность, каждой положительно-правовой системе. Недаром последователь Дюги Гастон Жез воспользовался этим учением для догматического изложения в рамках выработанных своим учителем понятий системы действующего административного права Франции [3]).

Вместе с тем, в погоне за реализмом, Дюги стремится уничтожить понятие субъективного права, считая его, во-первых, априорной категорией, а, во-вторых, понятием политически вредным, служившим всегда лишь целям легитимации для всякой фактической власти [4]). Реально существует, по мнению знаменитого профессора Бордосского университета, лишь субъективная юридическая ситуация (sutuation juridique subjective), т. е. определяемая объективным правом

---

[1]) П. И. Новгородцев, Предисловие к русскому переводу „Конституционного права“ Л. Дюги, 1908, стр. 24.

[2]) L'Etat, I, 422.

[3]) См. Gaston Jéze, Eléments du droit public et administratif, 1910, особ. стр. 1, 13, 131. Его же. Das Verwaltungsrecht der Französischen Republik 1913, особ. стр. 5 и сл. Неправ, поэтому, Hauriou, приписывающий учению Дюги анархизм. См. Ориу. Идеи Дюги, русск. пер. С. П. Покровского 1914 г., стр. 9.

[4]) См. особ. Социальное право, индивид. право, стр. 19 et passim.

человеческая воля [1]). Если индивидуальная воля имеет, таким образом, какую-нибудь власть, то таковая не есть субъективное право, но является объективной властью, поскольку, конечно, вытекает из объективно-правовой нормы [2]).

Для нас не совсем ясно, почему категория „объективной власти" является более соответствующей требованиям реалистического миросозерцания, чем понятие о праве субъективном. Во всяком случае, однако, Дюги решительно отрицает категорию субъекта права, отвергает чье либо право на власть, вследствие чего и государственная власть представляется ему простым фактом, простым господством сильных над слабыми [3]). Государство представляется, с этой точки зрения, группою людей, в которой фактически создалась дифференциация сильных и слабых [4]). Оно основано, следовательно, на силе, которая, однако, становится правовой, поскольку сообразуется в своем действии с правом [5]).

На властвующих возлагается Дюги осуществление социальной солидарности. Но, если последняя есть факт, то не является ли каждое проявление власти, „констатирующее" норму, той объективной властью", которая поставлена Дюги на место старого понятия о субъективном праве? Если признать вместе с французским юристом, что его les gouvernants, будучи лишь более сильными по сравнению с другими людьми, тем не менее в состоянии осуществлять социальную солидарность, нормы объективного права, в состоянии посвятить свою деятельность общественному служению, то не сводится ли в таком случае вся теория к одной лишь легитимации властвующих сил с точки зрения высокого начала солидарности?

Иной характер должно бы было принять учение Дюги, если бы он избрал для него не то обоснование, которое дало ему повод заявить: „notre doctrine est... réaliste et positive", „notre construction juridique de l'Etat suivra d'aussi prés que possible les faits" [6]).

Но при отказе от этого реализма доктрина социальной солидарности нуждалась бы в обосновании на некоем первоначальном принципе. Тогда можно было бы признать доказанным положение, что социальная солидарность должна быть осуществляема в человеческом общежитии, если только последнее стремится к развитию заложенного в нем начала справедливости. Вывести начало солидарности из факта, как мы видели, во всяком случае нельзя. Доказательств же необходимости принятии ее, как долга, французским юристом не приводится.

---

[1]) L'Etat, I, 140.
[2]) Ibid, 139.
[3]) Ibid, 9 et suiv.
[4]) p. 19 Traité, I, 37 et suiv
[5]) Traité, I, 41; L'Etat, I, 10
[6]) Traité, I, 48—49.

В отличие от Дюги, проф. Петражицкий не в правилах усматривает сущность права. То, что господствующее воззрение квалифицирует как правовые нормы, рассматривается названным ученым лишь как „нормативные факты", т. е. „факты, которыми определяются и на которые ссылаются соответственные правовые мнения людей и подлежащие проекции, в том числе нормы" [1]).

Между нормами и фактами Петражицкий усматривает существенное различие, заключающееся в том, что факты—явления, „быстро преходящие", „исчезающие", „уже не существующие после произнесения соответственных слов или подписания соответственного документа", тогда как нормы представляются чем то „длительно или постоянно существующим" [2]). Законы, указы и другие акты суть, таким образом, по Петражицкому, не нормы, а лишь факты, которые при этом могут играть не только правосозидательную роль, но также и роль по части уничтожения или искоренения из народной психики тех или иных норм [3]). Понятие о нормальных фактах, однако, не ограничиваются у него кругом явлений, которые в традиционной юриспруденции привыкли считать за нормы. Если право, согласно теории Петражицкого, есть ничто иное, как психическое („императивно-аттрибутивное, эмоционально-интеллектуальное") переживание, то таковое может быть вызываемо к жизни не только законами, указами и прочими „оффициальными" актами. Соответственное переживание может возникать и в связи с другими фактами, совсем так сказать „неофициально". Поэтому, к числу нормативных фактов Петражицкий относит и такие явления, как: мнения, высказанные в той или иной книге („книжное право"), выраженные тем или иным юристом, экспертом („право юридической экспертизы"), основателем религии, святым, отцом церкви; далее нормативным фактом может служить пример, образец поведения; затем—договор, даже программа („програмное право"), обещание, признание другой стороны, прецедент, „юридическая поговорка" и т. д. все, что вызывает правовое переживание, есть, словом, нормативный факт [4]).

Уже отсюда видно, насколько необоснованным является ходячий упрек теории Петражицкого в солипсизме [5]).

Его теория о нормативных фактах как раз дает возможность объяснить позитивное право, как такое, содержание которого определяется восприятиями внешних событий, могущих быть авторитетными для многих людей [6]).

---

[1]) Теория права, т. II, стр. 326.

[2]) U. S.

[3]) Там же, стр. 327.

[4]) См. там же, стр. 579, 596, 599. 607 и сл.

[5]) Б. А. Кистяковский, Социальные науки и право, стр. 294; прим. Срв. В. А. Савальский, Основы философии права в научном идеализме, 1908, стр. 290 и сл.. К. А. Кузнецов, Очерки по теории права, 1915 г., стр. 4—5.

[6]) Теория права, II, стр. 479.

При всем различии характеров, воспитания и прочих своих особенностях люди могут одинаково воспринимать такие „факты", как закон, обычай и т. д.

В отличие от позитивного права, право интуитивное имеет „индивидуальный, индивидуально-изменчивый характер; его содержание определяется индивидуальными условиями и обстоятельствами жизни каждого, его характером, воспитанием, образованием, социальным положением, профессиональными занятиями, личными знакомствами, сношениями и пр. и пр." [1]). Интуитивное право отличается, далее, от позитивного тем, что оно в своих решениях свободно сообразуется с конкретными, индивидуальными обстоятельствами отдельного случая, обладает свободной изменчивостью и применяемостью в процессе исторического развития.

Наконец, с большею простотой интеллектуального состава интуитивного права, с отсутствием в нем представлений нормативных фактов, связан больший объем применения его положений [2]).

Таковы свойства интуитивного права по учению проф. Петражицкого. Никто, конечно, не может отрицать глубины и оригинальности психологического анализа, произведенного нашим ученым в его исследовании позитивного и интуитивного права. Возникает, однако, вопрос: право ли то, что Петражицкий называет интуитивным правом, а, далее, и справедливостью? [3])

Если доктрина действующего права возводила в норму общественную устойчивость, „гарантированный порядок", то доктрина „интуитивного права" возводит в норму наши „незащищенные желания", стремления, во всей их изменчивости, называя это именем справедливости. Доктрина интуитивного права есть доктрина критики всякого действующего права, доктрина противопоставления существующему желаемого. Создать на ее основе какую-либо положительную правовую систему нет возможности, ибо отрицание не только действующего, но всякого положительного права заключено в самом его корне.

Интуитивное право есть отрицание всякого данного правового режима, на каких-бы началах он не-был создан. Оно—отрицание всякой существующей справедливости, признание свойств справедливого лишь за тем, чего еще нет, но что еще будет. Достаточно, однако, желаемому сделаться суще-

---

[1]) Там же, стр. 480: „конечно", оговаривается Петражицкий, „общность известных условий и факторов развития интуитивно-правовой психики нескольких индивидов... или больших или меньших масс их может вести и ведет к наличности большей или меньшей степени согласия их интуитивного права".

[2]) Стр. 484.

[3]) Стр. 507: „справедливость представляет ни что иное, как... интуитивное право".

ствующим, чтобы стать тотчас-же вновь отрицаемым новым интуитивным правом. Доктрина Петражицкого не есть, поэтому, доктрина революционная, как ее понял М. А. Рейснер, пытавшийся связать ее с социологической теорией Маркса и Энгельса [1]). Всякая революционная доктрина предполагает „прыжок из царства необходимости в царство свободы", предполагает построение, на развалинах существующего, нового, справедливого, мира. Доктрина Петражицкого есть скорее доктрина эволюции. Учение это провозглашает право на безостановочное развитие, на непрерывное изменение, будучи проникнуто мефистофельским: „alles, was entsteht, ist wert, das es zu Grunde geht". Оно провозглашает, таким образом, странное право на отрицание права: осуществление всякого положительного права может быть, ведь, связано с нарушением чьего-либо „интуитивного".

Только один положительный вывод можно извлечь из доктрины Петражицкого: право на эволюцию. Кажется, однако, с тех пор как вся наука проникласъ идеей развития, которое мыслится происходящим по необходимым законам природы, у юристов едва-ли есть какой-нибудь смысл провозглашать право на это развитие.

Но каждое право на самом деле живет и действует применительно к тому или иному моменту. Создать порядок в эволюции, урегулировать развитие, никакое право не способно. Поэтому, если „интунтивное право" построено на отрицании правомерности всякого настоящего, то и это не избавляет Петражицкого дать ответ на вопрос о том, что должно быть в данный момент. Здесь то и выступает на сцену позитивное право, которое есть ни что иное как вызываемое нормативным фактом переживание. Позитивное право уже не отрицает, но оправдывает существующее, принимает настоящее, фактическое таким, каково оно есть. Эмпирия привела и Петражицкого к своему обычному результату: к примирению должного с существующим, права с фактом.

Это сказалось и на учение проф. Петражицкого о государственной власти. Так как из идеи интуитивного права, предполагающего непрерывное изменение, нельзя вывести никакого правового понятия, то государственную власть Петражицкий вынужден мыслить в категории позитивного права, вынужден успокоиться на утверждении, что это есть—проекция, фантазма, „означающая особый вид приписываемых известным лицам прав" [2]).

Все, что фактически „приписывается" чьей-либо психикой кому-либо, есть право соответствующего лица. Но в таком случае между право-

---

[1]) См. М. А. Рейснер. Теория Л. И. Петражицкого, марксизм и социальная идеология, 1908 г., стр. 118 и сл., 165 и сл.

[2]) Теория, т. I, стр. 198—199 и сл.

вым, долженствующим, и „приписываемым“, существующим теряется всякое различие.

§ 6.

Выводы.

(Генетическое и систематическое исследование).

Как видим „право естественное“ может быть также мало обосновано из факта, как и „право действующее“. И здесь принятие права за факт влечет за собою полное слияние сущего с долженствующим, принятие эмпирически-воспринимаемого за такое, которое будто бы и должно быть.

Все реалистические доктрины одинаково ведут к отрицанию справедливого, к примирению с существующим, и, в особенности, к принятию наличной в каждый данный момент власти, как самого могущественного из всех фактов, какие только могут быть нами восприняты.

Несомненно, что, коль скоро в новейшей, особенно, как мы старались отметить,—в русской—литературе, все более и более утверждается течение, стремящееся совершенно отказаться от правового анализа явления власти, заменив таковой объяснением соответствующих фактов по началу причинной зависимости, то мы стоим перед опасностью полного забвения задач нашей науки, как „justae atque injustae scientiae“.

Правда, и в настоящее время нет недостатка в догматических конструкциях различных институтов публичного права, в том числе и государственной власти, но все эти конструкции лишь в самой отдаленной степени воодушевлены задачей быть „ars boni et aequi“, ибо исходят из предположения о „нормативной силе фактического“. Так как, однако, догматические конструкции институтов публичного права могут быть создаваемы лишь на основе правовых понятий, то все соответствующие теории и содержат в основе своей глубокое противоречие. Создаваемые путем абстрагирования понятий из положений, содержащихся в нормах действующего права, предполагающие, следовательно, что право есть ни что иное, как вытекающие из фактов, действующие, правила, они вместе с тем, как теории юридические, не могут отказаться от оценки действительности, не исключая и явления власти, от которой всякое „веление и запрет“ приемлют как право.

Совершенно очевидно, что наука наша и после трудов Иеллинека продолжает болеть тяжелой болезнью в области своей методологии. Быть может даже „социальное учение о государстве“ покойного гейдельбергского профессора принесло науке о праве и „общему учению о государственном праве“,—в особенности, и некоторый вред.

Мы далеки от того, чтобы отрицать значение социологических, психологических и иных изысканий в государствоведении. Нужно, однако, отдавать себе ясный отчет в том, что понятия, образуемые на основе признаков, выводимых безо всякой оценки из восприятия в причинной связанности, не могут претендовать на какую-либо систематическую законченность [1]).

Каузальное исследование рассматривает каждое изучаемое явление как факт; устанавливая генетически зависимость между явлениями, оно предполагает их относительность, изменчивость. В том случае, если за предмет такого исследования принято правовое явление, то и оно разценивается только как факт. Ни на основе социологии, ни методами психологии нельзя, поэтому, придти к определению понятия о государственной власти, ибо, создавая это понятие, необходимо отказаться от предположения относительности изучаемого, но принять существование явлений для нас, рассматривать явления не в их изменении, а в существовании, нужно другими словами, их систематизировать. Но сущность всякой системы заключается ни в чем ином, как в приспособлении фактов и их генетических группировок к нашим нуждам, точкам зрения, целям. Всякая система есть, таким образом, некое телеологическое единство [2]). Поэтому то и все рассмотренные нами теории о государственной власти, при всем своем стремлении быть строго объективными, не могли отказаться от того, чтобы не избрать наиболее ценимое каждой из них начало за основу для образования высших систематических понятий, каковы государство, государственная власть, право.

---

[1]) Каузальное исследование, как замечено Э. Махом (Analyse der Empfindungen, 5 Aufl, 1906, 81), дает хорошие результаты лишь в том случае, если имеется возможность установить непосредственную связь между явлениями. Отсюда, однако, можно сделать тот вывод, что понятия, этим путем устанавливаемые, должны неизбежно иметь очень узкий объем. Если-же иногда и делаются от установления причинной связи обширные обобщения, то это происходит в силу того, что наблюдаемые явления заранее систематизируются. Под каузальным исследованием скрывается таким образом исследование телеологическое. Сказанное относится в особенности ко всем т. н. социологическим и историко-философским доктринам. См. по данному вопросу замечания Зигварта, Logik, II, 1878, §§ 60—62, а также Виндельбанда Прелюдии, русск. пер. С. Л. Франка, 1904, стр. 25 и сл., каковые замечания, однако, не выдвигают проблему с полной рельефностью. Срв. также H. Rickert, Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung, I, 1896, 31 u ff. et pass., где, впрочем, полная ясность также отсутствует.

[2]) Неправ был Иеллинек, устанавливая телеологические единства, наряду с „пространственными“ и „временными“ (см. выше,). Последние мы создаем также на телеологических началах. То-же относится и к его рассуждениям о „практических единствах“ (System, S. 20 u ff.). Всякое единство есть „единство практическое“. В последнее время много сделано для юридической методологии Р. Штаммлером. См. его Die Lehre von dem richtigen Rechte, 1902, S. 5 и сл. Хозяйство и право, т. II, русск. пер., 1907, стр. 7. Theorie der Rechtswissenschaft 1911 г. и друг.

Но если всякая система есть построяемое по принципу цели единство, то чем шире, богаче и многообразнее область фактов, подлежащих систематизации,—тем выше и общезначимее, „первичнее", должна быть цель, по началу которой это единство создается. Всякое мировоззрение, всякая научная система, есть по существу своему ничто иное, как подчинение генетически познанных фактов известному объединяющему началу, ибо мировоззрение, наука—прежде всего системы [1]). Всякое мировоззрение есть, поэтому, и подчинение сущего должному, факта—точке зрения, цели. Всякая общественная доктрина есть соответственно подчинение фактического правовому. Образовывая общие систематические понятия, создавая науку, вырабатывая миросозерцание, мы сводим все наши добытые генетически суждения и понятия к некоторым, более или менее общезначимым, априорным началам. Выведение какой-либо системы из данных истории, психологии и других наук, оперирующих генетическим методом, есть не более, как contradictio in adjecto.

Однако, при образовании соответствующих единств, систем, надлежит руководствоваться не случайными, эмпирически наиболее заметными, признаками, но следует изыскать для того аксиоматические, ненаходящиеся в противоречии с основными нашими понятиями, начала. Чем выше, и—вместе—определеннее, будут избранные нами для того начала, тем „объективнее", „общеприемлемее" будет и создаваемая система. Вся „объективность" математики есть, в сущности, ничто иное, как общезначимость ее основных систематических начал.

Из сказанного вытекает, что решить проблему государственной власти значит аксиоматически установить ту цель, то „должное", ту точку зрения, исходя из которых мы были бы в состоянии все существующее многообразие фактов, связанных с властвованием одних людей над другими, объединить в систематическое понятие. Это значит, другими словами, найти аксиоматическое выражение для высшего в общественной науке понятия, понятия права.

---

[1]) „Под наукою разумеется всякое содержание самознания, которое установилось и определилось в безусловно едином виде" Р. Штаммлер. Die Lehre, S. 5. Сущность и задачи права и правоведения, перев. Краснокутского, 1908, стр. 56. См. также интересные по этому вопросу замечания у В. А. Савальского, цит. соч. стр. 276.

Отд. оттиск из Изв. Иваново-Возн. Политехн. Инст. т. I, в. 1.

II.

Факт и право.

§ 1.

Постановка вопроса.

Господству воззрения, покоющегося на отождествлении права и факта, повидимому, всетаки приходит конец.

Воззрение это возникло в эпоху, когда все области человеческого знания были проникнуты верой в безусловную „объективность“ науки, уверенностью в том, что всякая истина устанавливается нами опытным путем. Нужно было до конца исчерпать все выводы, которые отсюда проистекают, чтобы человеческая мысль могла обратиться к установлению иных для себя опорных пунктов. Нужно было пережддать, пока эта основная реалистическая идея обойдет все сферы нашего знания, чтобы обнаружились полностью все проистекающие из нее выводы.

Область права (и нравственности) являлась на пути развития реалистического воззрения особенно трудно преодолеваемой частью.

Испробованная на почве познания явлений общественной жизни людей „объективная“, „естественно-научная“ доктрина показала истинную цену своего объективизма, своей научности. Весь „объективизм“ этого воззрения свелся к одному выводу: человек должен вести себя так, как предписывают ему внешние, „объективные“ силы. „Только то, что функционирует как право, есть право, и—ничего более; это, однако, все является правом,—без исключения [1])“. Мы должны, следовательно, почитать за право все, что силою обстоятельств, от нас независящих, объективных, за право считается.

---

[1]) Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, I, 1892, 80.

Таковы выводы доктрины, рассматривающей в качестве правового порядок, являющийся порождением господствующих в данный момент „объективных“ сил. Аналогичный характер носят и учения, которые обычно рассматриваются, как нечто с идеями новейшей юриспруденции совершенно непримиримое. На самом деле, однако, той-же идеей долженствования, вытекающего из объективного хода вещей, проникнута значительная часть и так называемых революционных и эволюционных доктрин.

Когда „объективное“ мировоззрение вошло в область социальной жизни, то значение его как системы, расчитанной на подчинение человеческого поведения не избранным людьми свободно, поддающимся критике, сознательным целям, а слепым, причинно-обусловленным, рассматриваемым в качестве обязательных для нашего сознания явлениям, обнаружилось в полной мере. В той-же мере обнаруживается при этом, что объективная реалистическая система носит в применении к нашему поведению столь-же „объективный“ характер, сколь последний был свойственен древним религиозно-этическим, фаталистическим, системам. Обнаружилось, что всякий „объективизм“, обращенный на установление правил человеческого поведения, „субъективен“ даже в том случае, если он принимает фаталистическую форму. Значение его в той сфере явлений, где мы не подчиняемся слепо, но чего-то требуем, не принимаем нечто, как неизбежное, но критикуем, чему мы не следуем молча, но что мы хотим обосновать—а отказаться ни от требований, ни от критики, ни от обоснования не может заставить людей никакое учение!—значение указанного мировоззрения заключается не в том, что оно действительно какую-то необходимость подмечает. Всякое мировоззрение расчитано на нечто большее, чем установление того или иного каузального закона. Указывая людям пути их развития, счастья, свободы и т. д., оно—конечно, в пределах возможного или необходимого,—критикует окружающую действительность или ее обосновывает, чего-то требует или убеждает с чем-то примириться. Сущность реалистического мировоззрения и состоит в том, что оно убеждает нас принять факты такими, каковы они есть, без критики подчиниться им, потому-ли, что они хороши, в том виде, какой приняли в данный момент, или потому, что они не могут не привести к лучшему в естественном ходе своего развития, либо, наконец, потому, что на место данного может быть установлено иное фактическое состояние.

Как в первом, консервативном, так и во втором—эволюционном или третьем—революционном—своем виде реалистическая система обнаруживает крайнюю случайность и условность критериев, лежащих в ее основе. Отсюда—все новейшие поиски начал, заключенных в праве, начал, отличающих его от факта.

Однако если право не есть факт, а факт не есть право, то спрашивается, где-же проходит черта, отделяющая фактическое от правового. Что-же такое право, если оно не есть факт?

Проблема может быть — точнее — формулирована следующим образом.

Факт есть все то, что совершается в мире во времени или, лучше, воспринимается нами по законам причинности, что находится в той или иной необходимой связанности между собою [1]). Если право не принадлежит к этой области, то оно относится к сфере, где не действует закон причинности, к тому, что не обусловлено ничем. Лишь в этом случае право есть не факт, но что-то иное. Проблема права может быть формулирована, следовательно, так: как надлежит постигнуть не обусловленное ничем, как мыслимо его определить.

При этом совершенно ясно, что мы имеем дело не с относительной, но с абсолютной категорией, категорией, неизменной ни во времени, ни в пространстве. В противном случае мы-бы не имели „не обусловленного ничем", но перед нами находилось-бы явление, подчиненное действию закона причинности,—факт.

Обращаясь к способу, каким следует постигать интересующую нас категорию, мы можем, как нам кажется, установить, что к тому ведут три разных дороги. Именно,—не обусловленное ничем можно постигать: a) аксиоматически, т.-е. в форме очевидной для всех, не требующей доказательств, истины; b) метафизически,—как особого рода субстанцию, находящуюся за пределами нашего опыта, но тем не менее такую, существование которой должно быть признано; c) формально-методологически, т.-е. принимая, что это „абсолютное", „ничем необусловленное" есть лишь наш метод, угол зрения, под которым мы воспринимаем все обусловленное. В этих трех направлениях мы и произведем исследование интересующей нас проблемы.

§ 2.

Аксиоматическое решение проблемы права.

Человеческая мысль, сознавшая с полной ясностью необходимость различать право от факта, стремится прежде всего к тому, чтобы существо права свести к одной или небольшому кругу нескольких простых, для всякого очевидных, идей. На это и были направлены усилия писателей, которые, поняв всю важность проблемы права, впервые приступили к ее разрешению в условиях культурной атмосферы нового вре-

[1]) См. об этом прекрасные указания у П. Наторпа, „Социальная педагогика", 1911 г., стр. 14—15 и сл.

мени. Мы говорим здесь, разумеется, о мыслителях так называемой „естественно-правовой“ школы.

Провозглашенное ими право представлялось ясным, простым, для всех очевидным. Истинность его, казалось, не могла быть подвергнута никакому сомнению и никем, кто только способен отрешиться от навыков, развитых в людях старым порядком. Истинное право, справедливость, для всех несомненную, дает нам сама природа. Отсюда и название этого права: даваемое природой, оно должно быть естественно человеку принадлежащим, естественным, правом.

Каким-же, однако, образом, человек получает от природы свое право? И почему это, очевидное для всех, право все-же каждым по разному понимается?—Таковы вопросы, которые прежде всего естественно при ознакомлении с правом „естественным“ возникают и ответ на которые, к сожалению, дается не с легкостью.

Если-бы право получалось людьми действительно от окружающей их конкретной природы, то оно было-бы присуще не только людям, но и вообще всем живым существам. Именно так и говорилось в институциях: „Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit“. Но из этого положения юристы Юстиниана делали и соответствующий вывод: „nam jus istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quae in caelo, quae in terra, quae in mari nascuntur“ [1]).

Не таково, однако, было мнение представителей естественно-правовой школы нового времени. Обращаясь за познанием права к природе, они считали его вместе с тем принадлежностью одного лишь человека. Не о природе в истинном смысле этого слова, а о чем то другом была у них, следовательно, на самом деле речь. И действительно, уже Гуго Гроций, которого принято считать родоначальником естественно-правового учения нового времени, разумеет под естественным правом совсем не то, что дает человеку природа. Для Гроция естественное право есть прежде всего правый разум, из положений которого оно и состоит [2]). Та-же идея, но с большей определенностью и яркостью выражается и знаменитым автором „Левиафана“. Гоббс считает, что в „естественном состоянии“ нет и не может существовать для людей безопасности, ибо природа дает каждому право на взаимную ненависть и страх. „Bellum omnium contra omnes“—вот что дает людям природа.

---

[1]) pr. Inst., 1, II.

[2]) Hugo Grotius. Le droit de la guerre et de la paix, trad. par Barbeyrac avec les Notes de l'Auteur même, 1724, I, livre I, ch. I, § X. I: „pour commencer par le Droit Naturel il consiste dans certaines principes de (1) la Droite Raison, que nous fout convoitre qu'une Action est moralement honnête (2) ou deshonnête selon la convenance ou la disconvenance necessaire qu'elle a avec une Nature Raisonnable (3) et sociable“.

Люди не могут не сознать всей опасности такой жизни, не могут не стремиться выйти из этого состояния. На помощь им приходит опять таки „правый разум", который и приводит людей к соглашениям. „Все соглашаются, что по праву происходит то, что не противоречит правому разуму, почему мы и должны считать неправом то, что разум отвергает, т.-е. то, что противоречит какой-либо истине, выведенной из истинных оснований путем правильного рассуждения". Соответственно этому и право, по Гоббсу, есть „ничто иное, как свобода для каждого располагать своими естественными способностями в соответствии с требованиями правого разума" [1].

Пуффендорф, в отличие от Гоббса, считал, что естественное состояние есть состояние не войны, но мира, состояние, в котором соблюдается ряд весьма важных для человеческого общежития законов. Но вместе с тем Пуффендорф протестует и против изгнания разума из естественного состояния, считая таковой неразрывно с последним связанным [2].

„Разум не учит против природы" сказал как-бы от имени всей эпохи Спиноза [3]. И действительно, от этой мысли не мог освободиться даже Джон Локк, который, несомненно, дальше всех ушел по пути объяснения особенностей естественной свободы присущим человеку инстинктом к свободе и равенству. Инстинкт, говорит Локк, цитируя в этом месте Гукера, дает людям сознание, что они должны любить других так-же, как те должны любить их. Наблюдая равенство между вещами, люди не могут не установить его и для руководства во взаимных между собою отношениях [4]. Но этой идее об инстинктивном равенстве Локк не придает, очевидно, серьезного значения, ибо вскоре-же вступает на обычный путь объяснения мирного сожительства людей в естественном состоянии: ими руководит, по его мнению, в подлежащих случаях разум [5].

Менее всех упомянутых корифеев школы естественного права может быть, наконец, заподозрен в преуменьшении момента разумности при определении существа права Жан Жак Руссо, который сам о себе заявил, что он исследует право и разум, а не занимается разбором фактов. Правда, Руссо представлял себе естественное состояние как состояние, где люди живут согласно инстинктам, а не разуму. Но это состояние рисовалось ему, если и таким, в котором господствует естественная свобода, то вместе с тем и таким, где люди

---

[1]) См. De cive 2, I; I, XII, XIV: русск. пер. Погосского, 1914 г., стр. 24, 27 и 30.

[2]) Puffendorf, Le droit de la nature et des gens, trad. du latin par Barbeyrac, 1734, t. I, liv. II, ch. II, § IX.

[3]) В. Спиноза. Политический трактат, гл. III, § 6, перев. под ред. Е. В. Спекторского, стр. 23.

[4]) John Locke. Two treatises on civil government, B. II, ch. II, 5.

[5]) Ibid, II, ch. II, 10; ch. V, 26; VII, 77 и др.

являются ограниченными, тупыми животными. Переход из естественного состояния в гражданское производит, по мнению Руссо, в человеке замечательную перемену, заменяя в его поведении инстинкт справедливостью, и придавая его действиям тот моральный характер, которого у него до этого не было. И только тогда, когда голос долга заступает место физического импульса, а право—место бессознательного стремления, человек, который до тех пор считался только с самим собою, видит себя вынужденным поступать сообразно с другими принципами и обращаться к своему разуму, прежде чем прислушаться к тому, что подсказывают ему его наклонности [1]).

Итак, учителями естественного права в XVII и XVIII веке право это рассматривалось как право разума. Тем не менее именование его естественным имело не только внешнее, но и глубокое внутреннее значение. Последнее может быть охарактеризовано в двояком направлении.

1) С положительной стороны оно указывало на то, что представители школы признавали самое природу за нечто разумное [2]).

Рационализм писателей, явившихся продолжателями реформы философии и науки, произведенной Декартом, был тесно связан, как это отмечаетъ Е. В. Спекторский, с положительною наукою и „отчасти вдохновлялся ею, отчасти-же и в свою очередь сам вдохновлял ее". Тою-же положительной наукой, с которою он был связан, являлось „возродившееся, или, вернее совершенно новое, вновь зародившееся математическое естествознание, которое украшали имена Кеплера, Галилея, Ньютона"[3]). При таких условиях между разумом и природой должна была быть установлена известная гармония. Новаторы человеческой мысли не могли допустить распри между этими двумя силами, ибо в противном случае они должны-бы были отказаться от выполнения задачи разумного, что познания мира природы. Если мир физический исследовался по законам механики, при чем законы эти выводились дедуктивно из разума, если тот-же метод распространялся на познание мира, как целого, то естественно, и область духовной жизни человека изучалась тем-же способом. Дедуктивно от разума должны были выводиться те свойства, которые характеризуют природу человеческого общества,—этот механизм особого типа.

---

[1]) Du contrat social, l. I, ch. VII. (Oeuvres completes de J. J. Rousseau, chez P. Dupont, t. V, 1823, p. 83).

[2]) Эта сторона естественно-правого учения хорошо схвачена в статье Н. И Кареева в „Русском Богатстве", за 1902 г., апрель. О рационализме новаторов XVII века, см. интереснейшие страницы у Е. Спекторского, Проблема социальной физики в XVII столетии, т. I, 1910 г., стр. 23 и след.

[3]) Спекторский, указ. соч., стр. 24.

Представители механического мировоззрения XVII и XVIII века, говоря о природе, стремясь слить ее с разумом, приходили, как видим, к тому, что конструировали природу, как механизм не только в области физики, но и в области социологии,—т. н. социальной физики. Право естественное есть, следовательно, у них право, созданное разумом, как некое связующее начало в конструируемом разумом общественном механизме. Понятие о праве создавалось так же, как понятие о всех остальных частях механизма природы. Право не рисовалось чем то вне природы стоящим, „умопостигаемым", как стали говорить впоследствии, но представлялось явлением, относительно которого возможно устанавливать такие-же безусловные истины, какие устанавливаются в других сферах знания.

Отсюда—стремление к аксиоматическому определению права или по крайней мере—сущности права естественного. Последнее связывается с одной какой-либо идеей, которая представляется совершенно очевидной, никаких доказательств не требующей. Но содержание этого определения понятия права зависело в значительной степени от того, что речь шла именно об естественном праве. Тут то мы и подходим к характеристике другой стороны естественно-правового учения.

2) Идея естественного права означала, с отрицательной стороны, отвержение человеческим разумом всякого искусственного, природе противоречащего, человеком, ей вопреки, созданного порядка. Право естественное есть право, покоющееся на авторитете самого человеческого разума, который основывает свою деятельность на изучении природы, точнее,—на конструкции физических тел. Но там он не может найти никаких оснований для оправдания каких-либо преимуществ одного человека перед другим. В „природе" разум не усмотрит и оснований для подчинения одного человека другому.—От природы все люди равны. От природы они свободны.

Таково содержание правовых аксиом, одушевлявших естественно-правовые учения в периоды расцвета школы.

Значение и содержание этих аксиом, повидимому, никогда не будет совершенно исчерпано. Провозглашение указанных начал, разумеется, составляет незабываемую заслугу эпохи естественного права перед всей человеческой культурой. Но если искать в учениях XVII и XVIII века философской точности и определенности положительного содержания правовых аксиом, выраженных в терминах равенства и свободы, то логическое происхождение их из отрицания скажется в полной мере.

Действительно, лишь в отрицании за кем либо природных прав, оправдывающих несвободу или неравенство, все представители естественно-правового учения согласны между собою. Общественный строй, благодаря которому человек, рожденный свободным, живет в

оковах, есть несомненно священное право, говорит Руссо. Оно служит основанием для всех других прав. Однако, право это не дано природой[1]). Точно также и Локк утверждает, что для того, чтобы понять, в чем состоит политическая власть—это наиболее, может быть, яркое выражение несвободы и неравенства—необходимо установить ее истинное происхождение. Для этого, однако, следует рассмотреть то состояние, в котором люди живут от природы. Но природным для людей является, по Локку, состояние, в котором существует совершенная свобода, в котором никто не имеет права приказывать другому, в котором каждый может делать то, что ему нравится, при чем границы для всех этих поступков определяются единственно лишь естественными законами[2]). Природное право кого-либо на власть, несвобода, неравенство, отрицаются, как видим, и Локком. Нельзя, наконец, не упомянуть, что при всем абсолютизме своих воззрений природное неравенство отрицает и Гоббс. По его мнению природа дает каждому право на все. Если же люди хотят выйти из неудобного и опасного для них естественного состояния и желают жить в государстве, то они должны прибегнуть к соглашениям ради достижения общей цели[3]). Абсолютизм государственной власти обосновывается Гоббсом на идее договора, предполагающей природное равенство и свободу людей.

Словом, при всем различии времен, в течении которых жили и писали величайшие корифеи естественного права, политических направлений, которые они защищали, и языка, на котором они свои мысли излагали,—в одном все они были согласны: ссылки властвующих и привиллегированных на природные свои преимущества неправомерны. Этот, отрицательный по содержанию, тезис мог объединить самых различных представителей школы естественного права. Положительно-политическое значение этого юридико-философского положения, несомненно, огромно. Возникавшее на развалинах средневековья свободное государство нового времени в лице своих идейных предтеч тем самым как-бы заранее отказывалось от всех тех преимуществ, которыми располагали его античные предшественники, строившие свое благополучие на выраженной Аристотелем формуле: один человек природою предназначен к властвованию, другой—к подчинению; один от природы свободен, другой—от природы раб. Аристотелю рабство представлялось настолько необходимым институтом, что он не допускал и мысли о том, чтобы оно когда-нибудь кончилось. „Если-бы каждый инструмент,—пишет великий стагирит,—мог выполнять свойственную ему работу сам, по данному ему прика-

[1]) Du contrat social, L. 1, ch. 1.
[2]) Two treatises, B. II, ch. II, 4.
[3]) De cive, I, X, XIV.

занию или даже его предвосхищая, и уподоблялся в этом случае статуям Дэдала или треножникам Гефэста, о которых поэт говорит, что они „сами собою входили в собрание богов“ если-бы ткацкие челноки сами ткали, а плектры сами играли на кифаре, то тогда и зодчие, при постройке дома, не нуждались-бы в рабочих, а господам не нужны были-бы рабы“[1]). Этому рассуждению греческого философа естественное право противопоставляет заявление, что „с какой точки зрения ни рассматривать вещи, право рабства ничтожно, и не только потому, что оно беззаконно, но и потому, что оно нелепо и ничего не означает. „Ces mots, esclavage et droit, sont contradictoires; ils s'excluent mutuellement“[2]).

При всем этом, если обратиться от единогласия всех учителей естественного права в вопросе отрицательного порядка к положительному содержанию устанавливаемых ими аксиом справедливости и права, то мы убедимся в том, что содержание выводимых разумом из природы очевидных, казалось, истин приобретает определенно спорный характер.

Идея свободы! Насколько элементарно ясной и убедительной представляется она на первый взгляд,—особенно, когда ее формулируют как понятие, служащее целям отрицания правомерности угнетения одного человека другим. Однако, уже в эпоху господства идей естественного права мы встречаемся с несколькими, весьма различными, концепциями свободы.

Писатели XVII века опирались в своих, рационалистическим путем устанавливаемых, понятиях, как было сказано выше, главным образом на математическое естествознание. Отсюда—конкретность всех выработанных ими понятий. Понятие свободы, естественной свободы и т. д. не носит у них отвлеченного характера, присущего формальным определениям. Но все конкретные определения всегда находятся в огромной зависимости от субъективного опыта данного лица, от индивидуальной его оценки тех впечатлений, которые опыт ему оставил. Такие именно разнообразные эмпирические впечатления выражены и в различных определениях понятия свободы.

Фильмер полагал, что свобода есть возможность для каждого делать все, что ему нравится, не будучи связанным никакими законами [3]). Также думал и Гоббс. Локк, в полемике с Фильмером, устанавливает, что свобода и произвол—не одно и тоже. Свобода имеет границы, определяемые разумом, который дает нам Создатель. Естественная свобода, по Локку, есть возможность делать все в границах, определяемых законами природы. Но понятие о свободе естественной вы-

---

[1]) См. Политика Аристотеля, перев. С. А. Жебелева, 1911 г. стр. 11 и сл.
[2]) J. J. Rousseau. Du contrat social, l. I, ch IV (Oeuvres, V, 75).
[3]) См. об этом у Локка, Two treatises, II, IV, 22.

водится только для того, чтобы обосновать свободу гражданскую, для того, чтобы установить неправомерность всякого властвования кроме такого, которое основывается на соглашениях людей между собой. Понятие о свободе естественной есть, таким образом, понятие, имеющее лишь отрицательное содержание. Свобода гражданская есть возможность делать все в границах, определяемых общими правилами, исходящими от законодательной власти [1]). Монтескье признает свободу только в последнем смысле слова. Свобода, по его мнению, создает „то душевное спокойствие, которое коренится в уверенности каждого в своей безопасности“ [2]).

Развивая мысли Локка, Монтескье уже совершенно определенно выдвигает идею свободы, как идею устойчивого порядка, обезпечивающего безопасность и благоденствие граждан. Если принять понятие гражданской свободы, установленной Локком, и политической свободы в том смысле, в каком ее определил Монтескье, то все существо права, долженствующее быть раскрытым в идее свободы, есть не что иное, как действующий порядок, т. е. положительное право. В этом смысле можно сказать, что идеи Монтескье и Локка уже содержали в себе положения, характерные для современной „философии положительного права“. При чем, несомненно, более общий характер имели определения Монтескье. Последний уже понимал значение порядка вообще, тогда как Локк ценил лишь порядок, имеющий определенное, конкретное содержание, вытекающее из выдвинутых им положений.—Основное значение имеет идея свободы и в системе Руссо. Для него свобода равносильна повиновению закону, предписанному самому себе [3]). Руссо вслед за Локком, различает естественную свободу, которая, по его мнению, ограничена только силами индивида, и свободу гражданскую, ограниченную общей волей [4]). Но вскоре он забывает устанавливаемое им понятие „естественной свободы“, противопоставляя свободу естественной независимости [5]), и говорит везде о свободе, имея в виду одну лишь свободу гражданскую, состоящую в повиновении закону, предписанному самому себе. У Руссо, как у Монтескье и Локка, понятие свободы упирается в понятие порядка, закона в т. н. материальном смысле. Однако, понятие действующего закона является у Руссо несравненно более узким, чем у названных выше писателей. Законом для Руссо является общая воля, т. е. порядок, ратифицированный самим народом

[1]) U. s; См. также ch. I.

[2]) De l'ésprit des lois, l. XI ch. VI; cp. ibid, ch. III.

[3]) Du contrat social; 1, VIII. . . . l'obeissance a la loi qu'on s'est prescrite est liberté“.

[4]) U. s.

[5]) L. II, ch. IV.

непосредственно, а ни в каком случае не через представителей [1]). Другими словами, идею права и свободы Руссо связывал с существованием определенного рода действующим порядком. Государство, в котором народ не осуществляет сам непосредственно своего суверенитета, не может, по Руссо, почитаться за государство свободное. Он полагает, в частности, что англичане ошибочно считают себя свободными. „Они свободны только во время выборов членов парламента; как только таковые выбраны, английский народ становится рабом, обращается в ничто“ [2]).

Таковы многоразличные эмпирические обобщения идеи свободы, исходящие от представителей школы естественного права.

„Свобода“ означала для каждого из них какой-либо конкретный, считаемый за справедливый, порядок. Лишь Монтескье, не принадлежавший впрочем к естественно-правовой школе, определял свободу более общим образом,—так, что вместил в нее идею порядка вообще.

Сказанное относительно „свободы“ относится в значительной степени и к идее равенства. По положительному своему содержанию идея эта означала точно также конкретный порядок, проповедуемый каждым из представителей естественно-правовой доктрины.

Идеей равенства перед законом довольствуется Локк, разрешающий все социальные вопросы одним методом—защитой института частной собственности, как суммы благ, накопленных трудом [3]). Нарушением идеи равенства, как и идеи свободы, оправдываемым, однако, разумной необходимостью, представляется Локку отеческая власть над человеком, недостигшим зрелости [4]). Разумно устроенная государственная власть рассматривается им, наоборот, как осуществление не только начала гражданской свободы, но и начала равенства.

„Основное соглашение“, писал Руссо, „не только не разрушает естественного равенства, а, напротив, заменяет моральным и законным равенством то физическое неравенство между людьми, которое могла создать природа; люди и впредь могут оставаться неравными по силе и в способностях, но они становятся равными на основании соглашения и по праву“ [5]). Это замечание, заявляет Руссо, должно служить основой всей его социальной системы. Каково-же должно быть конкретное содержание идеи равенства? Должна-ли идея эта ограничиваться задачей установления равенства всех людей перед законом, или ею предусматривается и содержание социальных отношений между людьми?

При дурном правлении, говорит Руссо, это равенство является кажущимся, иллюзорным; оно служит лишь для того, чтобы держать

[1]) Ibid, l III, ch. XV.
[2]) U. s.
[3]) См. его Two treatises, B. II, ch. V.
[4]) Ibid; ch. VI, 54.
[5]) Du contrat social, I, IX (Oeuvres, V, p. 88).

бедняка в нищете, а за богачем укрепить узурпацию. По существу законы всегда полезны для собственников и вредны для тех, у кого ничего нет; отсюда вытекает, что состояние общественное выгодно для людей лишь постольку, поскольку они владеют чем-нибудь и поскольку никто из них не владеет чем-нибудь в излишке [1]).

Право в смысле существующего порядка, в смысле действующего законодательства, несомненно, находит свою поддержку в рядах лишь тех частей населения, которым этот порядок приносит какое-лишь определенное благо. В противном случае он является явной бессмыслицей, ибо идея порядка означает прежде всего некое постоянство, устойчивость, но ни с чем несообразно было бы установление и защита такого постоянного состояния, которое никому не приносит определенных выгод. Отсюда — стремление Руссо закрепить за всеми известные выгоды общежития, законного порядка. Это, однако, показывает, что все политические стремления Руссо и были направлены на защиту определенного конкретного политического порядка, именно того, который впоследствие воодушевлял деятелей великой революции [2]).

Как видим, в идею равенства Руссо вкладывал точно определенное конкретное социально-политическое содержание; он требовал определенного социального и политического режима, лишь при установлении которого идея равенства представлялась ему не иллюзорно лишь, но действительно осуществленною.

Но если режим, рисовавшийся Локку осуществлением начала равенства, представлялся Руссо порядком, проникнутым лишь иллюзией равенства, то позднейших писателей, ставивших на своем знамени

---

[1]) Ibid.

[2]) См. об этом P. Janet, Histoire de la science politique, II 1887 458. I. Блунчли, История общего государственного права и политики, русск. пер., 1874 г., стр. 260 и сл. Otto Gierke: Johannes Althusius, 1902, S. 118. Мы не можем согласиться с В. М. Гессеном (Основы конституционного права, 1917, стр. 118), который квалифицирует учение Руссо, как анархическую доктрину: „анархическая в постановке проблемы общественного договора, теория Руссо, в разрешении этой проблемы, является столь же анархической". Едва-ли, однако, может в какой-либо степени считаться анархической теория, направленная на оправдание определенной государственной организации. См. также Г. Гурвич, Руссо и декларация прав, 1918 г., который полагает, что Руссо дает „новое по сравнению с предшественниками и чрезвычайно глубокое" обоснование естественных прав индивида (стр. 12). Все рассуждения этого автора построены, однако, на одном словотолковании. См. стр. 25—26, где автор чисто словесное установление понятия свободы принимает за исходный пункт своих толкований. Срв. П. И. Новгородцев, Кризис современного правосознания, 1909 г., стр. 20 и сл. Внутреннее противоречие, мало убедительное, однако, доказанное, видит в учении Руссо Б. Н. Чичерин, История политических учений, ч. 3, 1874 г., стр. 127.

идею равенства, уже не удовлетворяли те начала, которые Руссо казались осуществляющими полное равенство людей на земле. Еще в период течения самой французской революции, но особенно в течение XIX века одно другим сменялись социальные учения, исходившие в критике существующего и проектировании нового порядка из той же идеи равенства, понимаемой однако уже в совершенно ином смысле. Бабефу, Прудону, Марксу иллюзорным представлялось то „равенство", которое осуществилось в Европе в результате революции. Не равенство в смысле равного положения всех перед законом, не равенство и в смысле некоторого уравнения (для лучшего сохранения установляемого общей волей порядка) площадей земельных владений, но равное осуществление человеческих потребностей, осуществление их в зависимости от количества единиц затрачиваемого общеполезного труда,—равенство в этом смысле становится новым общественным идеалом.

Нас завело бы слишком в сторону изучение с установленной здесь точки зрения социалистических доктрин XIX столетия, как равно изучение последующей судьбы и другого общественного идеала,—рассматривавшейся выше идеи свободы [1]). Из сказанного, как нам кажется, вытекает с достаточной ясностью, что ни одна из политических аксиом уже в силу одной своей неопределенности, способности варьировать содержание самым разнообразным образом, не может составлять аксиоматического выражения существа права. Идеи свободы и равенства следуют в этом отношении лишь судьбе всякого конкретного, обусловленного особенностями нашего опыта, политического идеала [2]).

Таким образом, в результате всех могучих усилий, сделанных естественно-правовой доктриной, мы имеем несомненно нечто громадное, нечто, значительно облегчающее труд последующих эпох, но все оно сводится лишь к отрицательного содержания положениям. Писатели XVII и XVIII века, выдвинув идеи свободы и равенства, достигли тем одного: они возбудили в людях отвращение ко всему, что связано с несвободой и неравенством. Мировоззрение, не мирящееся с несвободой и неравенством людей, есть мировоззрение глубоко правовое. Совершенно несомненно, что идее права в основе своей противоречит система нарочно воздвигнутая на несвободе и неравенстве.

---

[1]) Во многих отношениях интересны посвященные вопросу о судьбах общественных идеалов XVIII и XIX века труды П. И. Новгородцева, Кризис современного правосознания, 1909 г. и Об общественном идеале, 1917 г., вып. I.

[2]) Изыскивание эмпирическим путем аксиом для права не прекращается, тем не менее, и в современной литературе. См., напр., W. Cathrein. Moralphilosophie, I, 4 Aufl., 1904, S. 450. „Recht bedeutet an erster Stelle das, was einem jedem das Seinige zukommt".

Ограничение идей свободы и равенства, поскольку оно производится во имя права, должно быть оправдано с точки зрения тех-же самых положений о равенстве и свободе. В противном случае мы отказываемся от стремления к правильности в человеческих взаимоотношениях, отказываемся от всякого права, ибо всякая идея правильности в этих взаимоотношениях предполагает, как это будет показано далее, общение между лицами, но не лиц с вещами.

Отсюда, однако, мы не можем получить конкретного содержания понятия свободы, равенства или какой-либо иной аналогичной идеи. Всякий конкретный правопорядок являет собою в значительной степени результат измерения человеческих взаимоотношений по началам равенства и свободы, но меры этой свободы и равенства могут как качественно, так и количественно значительно в отдельных случаях различаться. Если,—следовательно,—и можно принять, что право есть свобода и равенство, то требуется отдать себе ясный отчет в том, что о них говорится не как о понятиях, имеющих эмпирически-конкретное содержание, но как о формальных предположениях,—не более. Это значит, однако, далеко уйти от наших старых учителей естественного права, которые, как мы видим, понимали свободу и равенство в виде определенных, имеющих конкретное содержание положений [1]).

Расширение этих понятий до степени отвлеченности от представлений о конкретном порядке составило продукт дальнейшего развития человеческой мысли, в каковом процессе Иммануилу Канту принадлежала решающая роль.

§ 3.

Метафизическое решение проблемы права.

Очищение естественно-правовых идей от эмпирической примеси совершено было Кантом, который область этики и права отнес к области практического применения разума.

Разум, о котором идет речь у Канта, не есть разум в эмпирически-условном смысле слова. Кант говорит здесь о применении к практике человеческого поведения чистого разума, т.-е. той нашей способности, которая дает нам принципы познания безусловно a priori [2]).

---

[1]) См. об этом ниже: III,—право в объективном и субъективном смысле.

[2]) Kant. Kritik der praktischen Vernunft (цитировано по изд. „Immanuel Kants Werke in acht Büchern", Verl. v. Weichert), Einleitung, S. 91; Kritik der reinen Vernunft, Einleitung, VII (цит. по тому-же изданию), S. 36: „ . . . Vernunft ist das Vermögen, welches die Prinzipien der Erkenntnis a priori an die Hand giebt. Daher ist reine Vernunft diejenige, welche die Prinzipien, etwas schlechthin a priori zu erkennen, enthält".

Как в сфере теоретического познания, разум действует при посредстве известных априорных понятий, без которых созерцания наши были-бы слепы, так и в области человеческого поведения он выступает вооруженным тем-же острым критическим оружием. Он владеет основоположениями, которые определяют направление нашей волевой деятельности.

Но разум теоретический имеет своим предметом восприятие и познание явлений, не от него зависящих. Он воспринимает их во времени и пространстве, познает при посредстве разнообразных категорий, не будучи в силах изменить их взаимную зависимость.

Функция разума практического существенно иная. Она состоит не в восприятиии и познании, но в направлении нашей деятельности. Основоположения практического разума не устанавливают то, что есть, но предписывают то, что должно быть.

Отсюда—проблема: каким образом мыслима эта „законодательная" деятельность человеческого разума? Ответ на этот вопрос, который мы находим у Канта, и переводит нас из области логики в область метафизики. Кант старается обосновать возможность императивной деятельности для нашего разума путем установления категорий, имеющих чисто метафизический характер.

Теоретический разум, теоретические априорные положения, направлены непосредственно на то, что рассматривается как их объекты; между разумом практическим и нашими поступками, определяемыми разумом, находится, по Канту, область свободной воли, область свободы, являющейся условием применения разума к человеческой деятельности [1]).

Свобода есть, по словам Канта ratio essendi морального закона, тогда как моральный закон есть ratio cognoscendi свободы [2]). Только предположение свободы, которой мы, впрочем, не имеем возможности доказать, обосновывает моральный закон.

Предполагается, что воля свободна. Свободна, однако, не воля в эмпирическом смысле этого слова. Каждая чувственно-эмпирическая воля определяется законами причинности и потому не может быть „свободна". Свободна—„чистая" воля, та, что находит основу своего определения в моральном законе. Только воля в этом смысле независима от всех внешних эмпирических причин или, что то-же, свободна [3]).

---

[1]) Kritik der prakt. Vernunft, Vorrede (по упом. выше изд. стр. 79 и сл.).

[2]) Kritik der praktischen Vernunf, ibid, стр. 80 прим.

[3]) См. подробности у П. И. Новгородцева, Кант и Гегель в их учениях о праве и государстве, 1901 г., Куно Фишера, История новой философии, т. V, русск. пер. под ред. Д. Е. Жуковского, 1906 г., стр. 82 и сл., Вильг. Виндельбанда, История новой философии, т. II, русск. пер. под ред. А. И. Введенского 1905 г., стр. 98 и сл., Фр. Альб. Ланге, История материализма, т. II, русск. пер.

Свобода воли есть, таким образом, у Канта независимость ее от естественных причин, открывающая для человека возможность поступать согласно основоположениям практического разума.

Свобода воли в Кантовском смысле и есть то, что может быть противопоставлено факту. Лишь на основе этой идеи мыслимо, по его мнению, противопоставление должного сущему. Лишь на основе этой идеи возможно определение права и нравственности.

Право есть совокупность условий, при которых произвол одного может сочетаться по закону свободы с произволом другого.

Законы свободы, говорит Кант, в отличие от естественных законов, суть законы моральные. Поскольку они направлены лишь на внешние действия и их закономерность, они называются законами юридическими; поскольку-же они требуют принятия их самих за мотивы поведения, они являются законами этическими. Этому различию законов юридических от законов этических соответствует у Канта и различие понятий легальности и моральности человеческих действий. Свобода, к которой относится первая группа законов, может быть лишь внешнею свободою; свобода-же, к которой относится действие второй группы законов, есть свобода как во внешнем, так и во внутреннем смысле, поскольку при этом произвол человека определен законами разума [1]). Законы юридические подразделяются Кантом на 2 категории: 1) законы естественные; 2) законы положительные [2]). Первые носят априорный характер, узнаются разумом, тогда как для действительности вторых требуется внешнее законодательство: „Законы естественные" стоят выше положительных, ибо они—предписания самого разума, они—законы над законами. Законы положительные тем не менее независимы от естественных, насколько действительность бывает независимой от идеала разума.

Н. Н. Страхова, 1883 г., стр. 65 и сл., Рих. Фалькенберга, История новой философии, русск. пер. Иноземцева, 1898 г., стр. 347 и сл., Фр. Паульсена. Им. Кант, его жизнь и учение, пер. Н. Лосского, стр. 293 и сл.

[1]) Metaphisische Anfangsgründe der Rechtslehre, 2. Aufl., Königsberg, 1798., Einleitung; S. VI: „Diese Gesetze der Freiheit heissen, zum Unterschiede von Naturgesetzen moralisch. Sofern sie nur auf blosse äussere Handlungen und deren Gesetzmässigkeit gehen, heissen sie juridisch; fordern sie aber auch, dass sie (die Gesetze) selbst die Bestimmungsgründe der Handlungen sein sollen, so sind sie ethisch, und alsdann sagt man: die Uebereinstimmung mit den ersteren ist die Legalität, die mit dem zweiten die Moralität der Handlung. Die Freiheit, auf die sich die ersten Gesetze beziehen kann nur die Freiheit im äusseren Gebrauche; diejenige aber, auf die sich die letzteren beziehen die Freiheit sowohl im äusseren als inneren Gebrauche der Willkühr sein; sofern sie durch Vernunftgesetze bestimmt wird". См. также ibid, S. XIV, XVI u. ff.

[2]) Ibid. XXIV См. также, Кант, Вечный мир, русск. пер. под ред. гр. Л. А. Комаровского, 1905, прилож. I, стр. 46 и сл.

Итак, сущность права—в свободе, независимости воли от воздействия на нее различного рода фактов, в способности человека поступать согласно основоположениям разума, вопреки законам природы. Этим положением Кант достиг, несомненно, весьма редкого и ясного противоположения должного сущему, права и морали—фактам.

Для Канта свобода—однако—не чистая методологическая форма, но нечто, имеющее где-то свое бытие, нечто безусловно существующее как реальный объект, как ноумен [1]). „Если-бы не было свободы, то в нас не было-бы и морального закона", говорит он. Мы, правда, не можем существование ее доказать, признается Кант, но возможность ее мы знаем a priori из морального закона [2]). Кант „никогда не пошел-бы на рискованный шаг вводить свободу в науку", если-бы к этому его не привел его „нравственный закон и вместе с ним практический разум", которые и „навязали" ему это понятие [3]). Но и опыт, говорит далее Кант, подтверждает указанный порядок. „Предположим, что некто ссылается на свою сладострастную склонность, так что, если ему встречается любимый предмет и случай для этого, то они действуют на него совершенно неотразимо. Но если-бы поставить виселицу перед домом, где ему дается этот случай, чтобы тотчас-же повесить его по удовлетворении сладострастия, он и тогда не победил-бы своей склонности? Не надо долго гадать, что-бы он на это ответил. Но спросите его, если-бы его князь под угрозою немедленной смертной казни заставил его дать ложное показание против честного человека, которого он под вымышленными предлогами хочет погубить, мог-ли-бы он и тогда, как-бы ни была велика его любовь к жизни, победить в себе всякое противодействие этому? Сделал-ли-бы он это или нет, может быть, он не мог-бы и сам о том судить. Можно, однако, без особого раздумья допустить, что это было-бы для него не невозможно. Следовательно, он сознает, что он в состоянии сделать нечто, именно в силу сознания своего о том, что он должен это сделать. Таким образом, он познает в себе свободу" [4]).

[1]) Предисловие к „Критике практического разума". (по цит. изд. стр. 81).

[2]) U. s.

[3]) См. Виндельбанд, История нов. философии, т. II, стр. 101.

[4]) Kritik der praktischen Vernunft, § 6, Anm., Следует, однако, помнить замечания Виндельбанда (ук. соч. u. s.), что „аргументация Канта есть аргументация ad hominem и гласит так: ты веруешь в необходимость и общезначимость нравственного закона; следовательно, ты должен веровать и в те условия, при которых только и возможна эта общезначимость и необходимость; эти условия—свобода и сверхчувственный мир; следовательно, . . . необходимо верить в реальность свободы и сверхчувственного мира". Этот—правильный и соответствующий духу Кантовского критицизма ход рассуждений Виндельбанд противопоставляет неправильному представлению об аргументации Канта, нередко встречающемуся и сводящемуся к следующему: „нравственная жизнь есть факт, этот факт возможен лишь под условием свободы и сверхчувственного мира; следовательно, доказано, что существует свобода и сверхчувственный мир".

Как видим, свобода есть для Канта не явление, но „вещь в себе", нечто, устанавливаемое чистым нашим разумом.

Великий философ думал, что установленная им категория свободы находится в теснейшей связи с основами всей его системы. Если критика чистого разума придавала предметам опыта, а в том числе и нашему собственному субъекту значение лишь явлений, то в основу их она, не желая считать все сверхчувственное за вымысел, полагала вещи в себе. Теперь, говорит Кант, критика практического разума дает сверхчувственному предмету, свободе, реальность (хотя только как понятию и для практических целей), чем подтверждает на факте, что в критике чистого разума мы могли лишь мыслить[1]). Иными словами, употребляя выражение В. Виндельбанда, можно сказать, что „убеждение в свободе нашей воли реализует понятие вещей в себе, которое для теоретической философии остается всего только проблематическим"[2]).

Тот же Виндельбанд справедливо указывает что Критика Практического Разума явно опирается на Критику Чистого Разума, ибо ею считается уже доказанным со стороны последней положение о невозможности для ограниченного опытом сознания судить относительно реальности свободы. Сознание наше в состоянии отрицать ее лишь в пределах мира явлений. Теоретическое познание не может, следовательно, оспаривать у нравственного закона права на априорность. Всякая попытка объяснить это право теоретическим путем так же тщетна, как и всякая попытка его оспаривать[3]).

Но вся сила, которую таит в себе Критика Чистого Разума и которая придает ей быть может вечное значение, заключена в другом.

Взгляд, что опыт человека есть продукт известных основных понятий, все значение которых заключается именно в том, что они определяют опыт,—эта глубокая мысль была в состоянии сделать Канта реформатором философии[4]). Эта глубокая мысль, которую Кант противопоставил Юму и старой метафизике, способна иметь, повидимому, непреходящее влияние на человеческое мировоззрение и не может не содержаться в основе каждой вообще системы, хотя бы таковая в том или ином случае и заявляла о себе что-либо иное. Значение этой идеи обнаруживается с особенной силой, как то прекрасно выявлено Ф р. Альб. Ланге, в споре о понятии причинности.

Старая метафизика утверждала, что понятие причинности происходит не из опыта, но из чистого разума и, по причине этого своего высшего происхождения, имеет силу и применимо и вне границ человеческого опыта.

---

[1]) Ibid, Vorrede, 81.

[2]) Виндельбанд, ук. соч., II, стр. 102.

[3]) Ibid, стр. 99 и сл.

[4]) Ф. А. Ланге, История материализма, II, 51.

Юм доказывал, что понятие причинности нельзя вывести из чистого разума, что оно происходит, напротив, из опыта. Пределы его применимости сомнительны, но во всяком случае оно не может применяться ни к чему, что выходит за пределы опыта[1]).

По Канту понятие причинности есть основное понятие чистого разума и находится, как таковое, в основании всего нашего опыта. Именно поэтому, оно имеет неограниченное значение в области опыта, но вне его — никакого значения.

Как бы стремясь примирить дух Кантовских понятий и терминов с современным состоянием знания, Ф р. Альб. Ланге присоединяет к этим трем свое четвертое положение, что не сами понятия существуют прежде опыта, но лишь такие устройства, посредством которых влияния внешнего мира тотчас соединяются и располагаются по правилу этих понятий, что, в частности, понятие причинности коренится в нашей организации.

Имея неограниченное значение в области опыта, но вне его совершенно никакого, можно было-бы сказать, пишет Ланге, что a priori есть тело, если-бы только самое тело не было снова a priori данным способом понимания чисто духовных отношений [2]).

Но как бы там ни было для идеи априорности категорий теоретического разума идея „вещи в себе“ имеет лишь то значение, что ею обозначается граница нашего познания. Разделение „вещей“ и „явлений“ в переводе с языка метафизики XVIII века на современный научный язык означает в Критике Чистого Разума лишь то, что за границами опыта, освещенного некоторой суммой наших априорных понятий („мысли без содержания пусты, созерцания без понятий слепы[3]), нет и не может быть научного познания.

---

[1]) Давид Юм. Исследование человеческого разумения, перев. С. И. Церетелли, 1902, стр. 17:“....хотя наша мысль повидимому обладает безграничной свободой, при более близком рассмотрении мы найдем, что она в действительности ограничена очень тесными пределами и что вся творческая сила ума сводится лишь к способности соединять, перемещать, увеличивать или уменьшать материал, доставляемый нами внешними чувствами и опытом“. „Я решаюсь выставить в качестве общего положения, не допускающего исключений, что знание отношений причинности отнюдь не приобретается путем априорного размышления, но проистекает исключительно из опыта“... (там же, стр. 27)

[2]) См. замечания Ф. А. Ланге, указ. соч., II, особ. стр. 52.

[3]) A. Trendelenburg, Naturrecht, 1860, s. 42 видоизменяет приведенные знаменитые слова Канта следующим образом: „... das nur Historische würde blind und das nur Ideale lehr; und der richtige Fortschrit geschiet darin, dass das Historische den Antheil an der Idee und die Idee den Zusammenhang mit der Geschichte erstrebt“.

Иное видим мы в Критике Разума Практического. Здесь „вещь в себе“ выдвигается уже не как граница, не как своеобразный, на метафизическом языке выраженный, методологический постулат, а как положительная идея, на которой строятся понятия и права и нравственности. Этой положительной идее соответствует объект, некое сверхчувственное бытие, в существование которого мы можем только верить, которого познать мы, однако, не в состоянии. Он является предположением морали и права, но если мы не поверим в реальность его бытия, то должны будем вместе с тем отвергнуть и нравственный закон.

Нравственный закон, как априорное понятие, должен быть обоснован в качестве закона, имеющего безусловное, общезначимое действве. Таковое не может быть, однако, приписываемо некоему таинственному, сверхчувственному бытию, „вещи в себе“, вызывающей самые различные представления.

Но Кант шел этим путем и старался объяснить нам право и нравственность, перенеся их вместе с тем в область таинственного. Отсюда—неуспех попытки гениального философа раскрыть существо категории должного. Отсюда—легкая возможность для каждого отрицать абсолютное значение категории должного, как понятия, лишенного хоть сколько-нибудь ясного содержания [1]).

Нужно, однако, сказать, что если Кант не разрешил вопроса о существе того, что противопоставляется факту, то он яснее, чем кто-либо, этот вопрос поставил. Объяснение им должного, как сверхчувственного бытия, означает лишь то, что начатая Кантом работа не доведена им в интересующей нас области до конца. Право как „вещь в себе“, как „свобода“, есть не что, еще непознанное [2]).

Но как и все, что помещается в умопостигаемый мир, свобода прорывается оттуда в наш мир конкретной действительности. Здесь она, однако, получает свое конкретное содержание. Эта идея всегда и безусловно существующей свободы оказывается ничем иным, как идеей порядка. Начав с отвлечения права от конкретно-эмпирических фак-

---

[1]) С. Кечекьян (О понятии естественного права у Канта и Гегеля, „Вопросы философии и психологии“, 1914 г., кн. 128), хорошо выделяя формалистически характер учения Канта, утверждает, что „отвлеченный нормативизм“ есть отрицание культуры и истории“. Все дальнейшее развитие кантианства находится, однако, в противоречии этому утверждению в той же мере, в какой ему противоречат воззрения самого Канта. Сближение Канта с Толстым (стр. 442) основывается во всяком случае на недоразумении. Идея об априорности естественного права предполагает существование объективного правопорядка, но никоим образом не отрицает его.

[2]) Об отношении между идеей „вещью в себе“ см. прекрасные указания у H. Cohen'a, Die Ethik des reinen Willens, 1907, s 26 u. ff.

тов, Кант кончает тем, что вновь погружает идею права в эмпирическое болото.

Когда великий мыслитель определяет государство, как „объединение множества людей под законами права", он еще держится за идею априорности права. Он сохраняет ее в этом виде и тогда, когда производит классификацию функций государственной власти [1]). Но здесь Кант в своем понимании права лишь обобщает взгляды Локка и Монтескье, придавая им более общее и отвлеченное выражение. Свобода уже обратилась здесь, таким образом, в оправдание порядка. Переходя, однако, к более конкретным вопросам, Кант еще реальнее обнаруживает, что идея „умопостигаемой свободы" есть для него не что иное, как своеобразный метод обоснования правомерности каждого конкретного государственного порядка. Об этом свидетельствуют известные его рассуждения о том, что народ не должен интересоваться происхождением верховной власти, что властитель имеет в отношении к народу лишь права, но не несет никаких обязанностей и т. д.[2]).

Как видим, уже у самого Канта, в практических по крайней мере выводах, господствует стремление примирить факт и право, слить их воедино при посредстве идеи порядка и этим самым усилить фактическое, которое таким образом незаметно поднимается до уровня правового. После Канта эта тенденция получила свое дальнейшее развитие, прежде всего, у Шеллинга и у Гегеля, а затем в англо-французском позитивизме и франко-немецком материализме. Развитие философской мысли в указанном направлении отразилось весьма ярким образом, как было показано выше, и на правовых идеях XIX века. Нельзя, однако, не отметить, что и поворот философии „назад к Канту" первоначально не отразился существенно на характере решения проблемы должного.

Стремлением позитивировать Канта, примирить с философскими настроениями XIX века одушевлено то неокантианское течение, которое является, повидимому, ныне господствующим.

„Свобода—свобода воли! Такова великая загадка современного человечества", над разрешением которой мучились лучшие умы,—одна из тех популярнейших проблем, которые в какой либо форме возникают в каждом сознании и заставляют его с глубокой трезвостью

---

[1]) См. Rechtslehre, § 45, стр. 194 и сл.

[2]) См. его известные суждения. в Rehtslehre стр. 203 и сл: „Der Ursprung der obersten Gewalt ist für das Volk, das unter derselben steht, in praktischer Absicht unerforschlich; d. i. der Untertahn Soll nicht über diesen Ursprung, als ein noch in Ansehung der ihr schuldigen Gehorsams zu bezweifelndes Recht (jus controversum) werkthätig vernünfteln". См. замечания у Ad. Lasson System der Rechtsphilosophie, 1882, s. 98;...„das Recht (у Канта)...ist Zweck an sich"... „Der Zweck ist die Vernunftige Ordnung selber".

обратиться к размышлениям философов“[1]). Так писал недавно умерший глава современного кантианства Вильгельм Виндельбанд, определивший в этих словах всю сущность представляемого им течения. Глубокая трезвость действительно и вносится им при решении проблемы, которую в тонах некоторой романтической таинственности разрешал Кант.

Виндельбанд не желает допустить где-либо и в чем-либо перерывов идеи причинной связанности, не желает колебать всеобъемлющего для нас значения каузального закона. В отношении к объясненяю явлений психической жизни мы в той-же мере пользуемся именно этой аксиомой, как и при объяснении взаимной связи явлений физических[2]).

Отсюда—стремление названного философа примирить категорию свободы с универсальным действием закона причинности. Достигается же это следующим образом.

Место „законов свободы“ занимают здесь нормы, т. е. правила оценки, которые первоначально противопоставляются законам причинности. Веление противополагается необходимости, законодательство естественное—законодательству нормативному. Действительности, подчиненной законам природы, или, точнее, воспринимаемой нами в категории закона причинности, противостоит сознание правил, определяющих ценность того, что мыслится в силу причинной необходимости[3]).

Это противопоставление лежит в основе воззрений Виндельбанда, на которые в значительной мере и опирается вся современная философия права и государства[4]).

Из сознания правил, определяющих ценность того, что мыслится в причинной связанности, и вырабатываются системы предписаний, составляющих содержание логики, эстетики, права. Каждый „зрелый культурный человек“ говорит Виндельбанд, обладает известным запасом таких оценок, норм, составляющих в своей совокупности его нравственную, логическую, эстетическую совесть.

В чем-же, однако, заключается существо этих норм, оценок, и

---

[1]) В. Виндельбанд, Прелюдии, русск. пер. С. Л. Франка, 1904, стр. 195.

[2]) Там-же, 196—197.

[3]) С. Виндельбанд, Прелюдии, 198 и сл.

[4]) Срв. H. Rickert (Die Grentzen der Naturwissenschaftlichen Begriffsbildung, I, 1896, особ. стр. 225 и сл.) занят разграничением не нормативного и фактического, не природы и культуры, природы и истории, общего и индивидуального. Применительно к праву взгляды Риккерта развиты Гачеком (в Jahrbuch des öffentl. Rechts, 1909 г., а также Allgemeines Staatsrecht I, S. 13—23). „Индивидуальное“ в применении к праву становится „образцовым“, т. е. однозначным с „нормативным“. Идеи Риккерта в русской литературе получили развитие у А. А. Чупрова, Очерки по теории статистики, изд. 2, 1910 г., стр. 34 и сл., 42 и сл. См. также S. Hessen Die individuelle Kausalität, 1909 (diss.).

почему возникают они в нашем сознании? Какой смысл имеет подчинение психических функций человека двум различным законодательствам, которые безусловно одно с другим не тождественны?

„Для психологического законодательства, утверждает Виндельбанд, душевная жизнь есть объект теоретического объяснения, для нормативного законодательства, логического, этического и эстетического сознания, та-же душевная жизнь есть объект идеальной оценки“[1]). Несомненно, что психологическая необходимость не включает в себя нормативную и не определяет нормативности, хотя она, с другой стороны, и не исключает возможности выполнения нормы.

Норма есть такой способ соединения психических элементов, который при надлежащих условиях может быть вызван естественно-необходимым процессом душевной жизни[2]). Логически ошибочное заключение возникает с такой-же необходимостью, как и правильное; однако и правильный вывод может быть порожден известными психическими фактами. То-же относится и к велениям из области этики и эстетики. Они точно также могут быть вызваны естественно-необходимыми процессами, хотя последние сплошь да рядом вызывают поступки, нарушающие этические и эстетические требования.

Уже отсюда вытекает, что норма, оценка, есть некое особое, типичное состояние, к которому люди, обладая этической, логической, эстетической совестью, стремятся. „Норма“, говорит Виндельбанд, „есть определенная форма психического движения, которую должны осуществить естественные законы душевной жизни“, „особая форма осуществления законов природы [3]).

Вслед за Виндельбандом нормативное отождествляет с нормальным Вундт [4]). Нормативное образцовому приравнивают Риккерт — Hatschek [5]). Нормативное как ценное квалифицирует Эмиль Ласк“ [6]).

Но если так, то не трудно объяснить и существование норм; они — продукт процесса отбора, заявляет Виндельбанд, тотчас-же, впрочем, ограничивающий это объяснение областью норм логических. Именно: „правильное мышление представляет несомненную выгоду в соперничестве между индивидами“. Но такая, утилитаристская, точка зрения не распространяется им на эстетику и мораль. Эта сфера мыслится им в виде „независимых от посторонних влияний сил“, „присущих сознанию норм, как таковому“ [7]).

---

[1]) Там-же 201 и сл.
[2]) Стр. 205.
[3]) Стр. 206 — 207.
[4]) В. Вундт, Этика, I, русск. пер., 1887 г., стр. 6.
[5]) См. выше, стр. 22, прим. [4]).
[6]) E. Lask, Rechtsphilosophie (diss.), 1905, S. 3, 9, 10 u. ff.
[7]) Там-же, 207 — 212.

В чем заключается сущность этих „сил“ остается однако неизвестным. Нам объяснено лишь то, что нормы, „законы свободы“, суть не что иное, как особо одобряемые нами нормальные факты, могущие быть вызываемыми к жизни лишь естественными причинами, суть, другими словами, наши представления о порядке. Из этих фактов лишь относящиеся к области мышления одобряются, принимаются нами, из соображений выгоды, по отношению к другим областям, где создаются нормальные порядки, — в этике и эстетике — идея пользы почему то не проводится, хотя место ее не занимается какой-либо другой идеей. Система позитивного неокантианства представляет собою, таким образом, не проведенную последовательно до конца утилитаристическую систему [1]). При этом, однако, существо „законов свободы“ остается так-же мало раскрытым, столь-же метафизическим, т. е. таинственным и вместе с тем столь-же определенно выражается в идее порядка, как это было у Канта.

Нормы включены отныне в общую цепь причинной связанности. „Что совершается без причины, то есть абсолютная случайность, и за это никто не может нести ответственность“ [2]). Вместо „умопостигаемого“ нам дается здесь нечто, вполне обусловленное. Кантовская категория свободы получает соответственно более определенное содержание. „Свобода есть не что иное, как сознание того определяющего действия, которое может оказывать на движение мыслей и решение воли сознанная и признанная норма“. Она есть — „господство совести“, „определение эмпирического сознания нормальным сознанием“ [3]).

При всем том существо этических и эстетических норм остается таинственным, метафизическим. Если сущность правил логики обнаруживается в идее пользы, то относительно правил этики и эстетики утверждается лишь то, что они чем то обусловлены, нормальны, существуют и должны существовать.

Свобода, о которой говорил Кант, получила свою характеристику в понятии нормы, нормального сознания. Норма признана обусловленной законами причинности. Свобода стала, следовательно, обусловленным некими законами нормальным порядком.

---

[1]) Как то отмечено самим Виндельбандом (История философии, т. II, стр. 103), у Канта осталось непримиренным противоречие, получившееся из соединения в одном человеческом существе чувственной и сверхчувственной сторон, при чем для первой высшим принципом является благополучие, для второй — выполнение нравственного закона. „Но человеческая природа едина“, пишет Виндельбанд; „и это единство требует высшего синтеза обоих сторон нашего существа“. Требуемый синтез не дан, однако, и современным кантианством.

[2]) Виндельбанд, Прелюдии, 219.

[3]) Там-же, 218.

Нормальный порядок стал должным порядком. От существующего нормального порядка делается заключение к порядку должному.

Неудивительно, что доктрина эта оказалась живо воспринятой многими корифеями юридической науки. Высокие нравственные идеи Канта оказались очень умело приспособленными к обоснованию существующего нормального сознания. Юристы не замедлили распространить учение Виндельбанда на существующий нормальный общественный порядок, при чем в лице Иеллинека и его теории о нормативной силе фактического еще теснее сблизили Канта с позитивизмом. Таким образом и родилось то „communis opinio doctorum", которое заключается в том, что существует право, должное, состоящее ни в чем ином, как только в действующих правовых нормах. „Нормальное сознание" Виндельбанда обратилось в „действующее право" Иеллинека, Бергбома и др. [1]). Как прекрасно было замечено Германом Когеном, понятием нормы современная наука старается оправдать с правовой точки зрения закон, право действующее [2]).

Нужно, однако, отметить, что именно на основе кантовской философии в русской юридической литературе образовалось течение, стремящееся к обоснованию уже не положительного только, но естественного права.

П. И. Новгородцев смотрит на право, как на „внутреннюю абсолютную ценность", как на „явление и закон личной жизни" [3]). Характеризуя свое воззрение, он определяет его двумя чертами: индивидуализмом и абсолютизмом точек зрения. Индивидуализм вытекает из того, что вопрос поставлен „на почву этики": „индивидуализм является исходным пунктом всех моральных определений". Абсолютизм воззрения также вытекает из постановки вопроса на почву этики, ибо он является „той неизменной формой моральных определений, которая вместе с тем характеризует и самую их сущность" [4]).

---

[1]) Из новейших писателей см. H. Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre 1911 г., особ. Kapitel I, S. 3 — 33. Г. Радбрух. Введение в науку права, русск. пер. под ред. Б. А. Кистяковского, 1915 г. E. Lask, op. cit. и друг. См. выше, предыдущий этюд. В русской литературе см. И. А. Ильин. Общее учение о праве и государстве, „Основы законоведения", изд. 4, 1915 г., стр. 3 и сл. Характеристики нормативной теории см. у Н. Н. Алексеева, Введение в изучение права, 1918, стр. 32 сл.

Замечательно, что развитие философской мысли от Канта пришло к тому-же, к чему привел философию права Гегель: к признанию за право лишь „действующего права". Это обстоятельство, к сожалению, не учтено в цитированной выше весьма яркой статье С. Кечекьяна: „О понятии естественного права у Канта и Гегеля".

Французские кантианцы (Ренувье, Мишель) отличаются от немецких значительным выделением в соответствии со старыми революционными традициями принципа личности. См. H. Michel L'idée de l'État, 2 éd., 1896 г., p. 625 — 650.

[2]) Herman Cohen, Ethik des reinen Willens, 2 Aufl. 1907, S. 270.

[3]) Нравственный идеализм в философии права, „Проблемы идеализма", стр. 281.

[4]) U. s.

П. И. Новгородцев посвящает весьма яркие и убедительные страницы доказательству невозможности обосновать нравственность на изучении и сопоставлении фактов. Условия нравственного развития, определяемые разнообразными законами причинности, он разграничивает от его основания. Первая относится ко второму как средства относятся к цели [1]). Индивид, его нравственное достоинство и нравственное самосознание есть цель, общественная среда, которая, несомненно, определяет это сознание, есть, однако, лишь средство.

Как видим, проф. Новгородцев заостряет воззрения Канта в сторону индивидуализма, в направлении к Фихте, сводя право к нравственному самосознанию, к категорическому императиву. В абсолютизме нравственной идеи стремится он найти сущность естественного права. В противоположность нео-кантианцам школы Виндельбанда, он строго различает естественное право от права положительного, при чем лишь в категориях первого находит возможность решать основные проблемы отношения права и факта. Но содержание этой абсолютной идеи остается у него столь же мало раскрытым, сколь мало было оно раскрыто у самого Канта. Каких-либо положительных выводов о том, каково должно быть право, чтобы соответствовать абсолютной нравственной идее, мы у Новгородцева не находим.

Выдвинутый П. И. Новгородцевым индивидуализм в понимании права лишь подчеркивает терпимость его естественного права в отношении ко всякому существующему общественному порядку. К сфере деятельности естественного права отводится лишь область индивидуальной нравственной критики положительного права— ничего более! [2]). Но с таким естественным правом мог-бы солидаризировать даже Бергбом, тем более, что П. И. Новгородцев присоединяется к тезису немецкого юриста, гласящему, что „положительное право имеет свое обоснование и оправдание в самом факте своего существования". Новгородцев желает лишь одного: придать этому тезису оправдание нравственное. От этого не отказывается, однако, и „философия положительного права", как то отмечает и сам Новгородцев [3]).

Как видим, новых, хоть сколько-нибудь существенных выводов, учение названного русского философа права не дает.

---

[1]) Стр. 283. Срв. также его Государство и право, „Вопросы философии и психологии", кн. 75, стр. 511 и сл.

[2]) См. П. И. Новгородцев и И. А. Покровский. О праве на существование (в серии „Свободное знание"), и особенно замечания И. А. Покровского на стр. 43, где подчеркивается юридическая бессодержательность рассуждений П. И. Новгородцева „о праве на достойное человека существование".

[3]) См. П. И. Новгородцев, Историческая школа юристов, ее происхождение и судьба, 1896, стр. 215.

Не дают его и другие русские „идеалисты". Определение права, как „внешней свободы", данное кн. Е. Н. Трубецким, также мало раскрывает его сущность, как разнообразные направления, носящие мистический или религиозно-философский характер [1]).

Итак, кантовское построение понятия права привело к тому, что от него сохранилась в современной литературе лишь постановка вопроса о сущем и должном, при чем, однако, за должное почитается некое нормальное сущее—порядок—закон в материальном смысле.

Есть, конечно, важное отличие между этой доктриной и той, что совершенно отрицает всякое значение идеи должного. Воззрения Иеллинека, как было показано выше, существенно отличны от воззрений Гумпловича [2]). Обе доктрины, однако, совпадают между собою в том, что отдельные факты каждая из них принимает за право.

§ 4.

Формально-методологическое решение проблемы права.

За неудачей рассмотренных двух способов решения нашей проблемы формально-методологический остается логически единственно возможным. Если, в самом деле, право не может быть отграничено от факта ни на основе определения его, как идеи, вытекающей „из природы вещей", ни на основе определения его как идеи, имеющей самостоятельное от вещей бытие,—словом, если право, в отличие от факта, не может быть идеей, имеющей определенное эмпирическое содержание, то следует посмотреть, нельзя-ли познать его, как идею, лишенную конкретного содержания, как чистую форму. Так именно и пытаются познать право представители марбургской школы неокантианцев с Германом Когеном, Паулем Наторпом и Рудольфом Штаммлером во главе.

Но, прежде всего, что такое идея, идея как таковая, в отвлечении от конкретного ее содержания, что такое „чистая форма"?

Идея не есть представление, ибо, будучи таковым, она стала-бы не должным, но сущим, т. е. конкретно-эмпирическим переживанием человека. Однако, не к сфере эмпирических явлений,

---

[1]) Идеализм в русской философско-правовой литературе ведет свои традиции главным образом от Б. Н. Чичерина. См. его Собственность и государство, 1882 г., стр. 3 и сл. Всякое учение о человеческом общежитии должно, по мнению Б. Н. Чичерина, начинать с исследования свободы. Но для решения этого вопроса необходимо „возвыситься в сверхопытный мир, перейти в область метафизики". В общем Чичерин следовал в своих воззрениях Гегелю, см. там-же, стр. 19 и сл.

[2]) См. выше: „реализм в юриспруденции", стр. 23.

но чистых понятий принадлежит, по Когену, идея, должное, в отличие от существующего, фактического [1]).

Но идея не есть и понятие [2]). Последние носят теоретический характер; без них мы не в состоянии мыслить вещей, их мы не можем вещам противоставить. Напротив, сила и значение идей в том и заключается, что они носят характер практический, могут быть противопоставляемы „вещам в себе". Идея есть „практическое познание", говорит Наторп [3]). В то время как понятия овеществляются в реальных отношениях, идеи стоят вне них. Идеи предполагают понятия, но понятия не заключают в себе идей, как это утверждает Коген [4]).

Указание на черты, отличающие идею от представления и, в особенности, понятия, уже в значительной мере определяет постановку проблемы долженствования, идеи, по воззрениям писателей упомянутой школы. Стоящая вне реальных отношений идея есть нечто, относящееся, по способу нашего мышления, к области логики. Наторп ставит эту проблему следующим образом: чем определяется для меня,—конечный пункт, чем обусловлена моя мысль, что то-то должно происходить, именно в тех случаях, когда она не обусловлена моим знанием или презумпцией причинной связи?—Только формальный закон необходимого согласования наших мыслей между собою,—отвечает названный философ,—в том кругу, который мы в данное время рассматриваем или который должны рассмотреть,—только этот закон обусловливает собою такую мысль. Этот формальный закон, продолжает Наторп, есть „закон цели", при чем последним определяющим основанием всякого постановления цели является идея „конечной цели" [5]).

„Идея" и есть, следовательно, конечная цель. Не цель в условно-эмпирическом смысле, по законам психологии выработанная, но конечная цель, как таковая, как выражение формального закона согласования наших мыслей о существующем.

Несколько иначе ту-же самую мысль выражает Штаммлер.

Откуда получаются, говорит он, в сознании того или иного лица различные по своему содержанию идеи о будущих человеческих действиях, как нужно представлять себе процесс возникновения и развития этих идей – это особый вопрос. Мы имеем здесь дело не с генезисом наших идей, а с их систематическим содержанием. Что предпринимаемое действие мы представляем себе, как нечто, что должно быть произведено действующим лицом,—это про-

---

[1]) H. Cohen, Ethik des reinen Willens, 2 Aufl., 1907, S. 25, 27.

[2]) Cohen, ibid., 36 ff.

[3]) См. Пауль Наторп, Социальная педагогика, 1911 г., § 6.

[4]) Cohen, ibid. 38.

[5]) Социальная педагогика, стр. 31—32.

стой и несомненный факт опыта. Поскольку это происходит, заявляет Штаммлер, мы имеем дело с фактом целеполагания. Цель— это подлежащий осуществлению объект. Представление об известном предмете, как о том, что должно быть произведено, называется волей. Воля, утверждает названный юрист, не представляет собою мистической внутренней силы; это не какой то неведомый деятель, который становится поперек дороги надвигающемуся ряду явлений опытного мира, для того, чтобы задерживать их или отклонить в сторону. В ней нельзя видеть какую-то загадочную „причину". Воля— это не сила, а известное направление сознания. Она дана, когда дано представление о будущем результате, как о подлежащем осуществлению [1]).

Штаммлер, как Наторп, говорит о „конечной цели", которая и для него есть способ определения и направления конкретного содержания целеполагания. Но понятие о такой конечной цели, имеющей безусловное значение и отвлекающейся от всяких эмпирических данных, заключается для него в идее надлежащим образом упорядоченной воли [2]).

„Идея", "конечная цель", „воля"—все это, конечно, лишь различные способы выражения одной и той-же мысли, направленной на разграничение самой идеи должного от самой идеи сущего взамен прежнего естественно-правового противопоставления одного чужого, отвергаемого, сущего другому, своему, желанному, одного факта другому, а также взамен прежнего противопоставления бытия реального бытию умопостигаемому. Человеческая мысль доходит здесь до сознания того, что каждое конкретно-эмпирическое переживание должного становится фактом, почему и не способно, как таковое, оставаться в области долженствования. Лишь чистая мысль о должном, выражаемая в терминах „идеи", „конечной цели", „воли", „воления", не переходит в сферу фактов,—так понимаем мы основную идею марбургской философской школы.

Из указанного разграничения идеи должного и сущего вытекает, однако, глубоко важное последствие.

Должное рассматривается не как эмпирически или метафизически сущая субстанция, „вещь в себе". Должное есть лишь метод познания, особая точка зрения на явления. Но точно также и сущее есть не что иное, как способ познания окружающего. В одном случае, когда говорим о сущем, мы познаем через идею причинности, в другом,—говоря о должном, мы познаем через идею конечной цели. Таким образом, причинность „есть не что иное как

[1]) Р. Штаммлер, Хозяйство и право с точки зрения материалистического понимания истории, перев. И. А. Давыдова, т. II, 1907 г., стр. 7—8. Срв. Stammler Theorie der Rechtswissenschaft, 1911, 58.

[2]) Хозяйство и право, II, 22.

общезначимый формальный способ упорядочения данных нам в созерцании явлений ради получения объединяющего понимания их" [1]). Конечная же цель „есть не что и ное, как общезначимый формальный метод, подчиняющий безусловному единству все обусловленные цели, какие только могут быть поставлены в том или ином случае целеполагающим субъектом" [2]).

Отсюда возникает, однако, задача развить метод познания по началу телоса, создать на-ряду с логикой, основанной на идее причинной связанности, логику, построенную на принципе конечной цели. Эту задачу Герман Коген пытается разрешить путем построения этики, как особой методической дисциплины.

Современная логика, говорит Коген, развилась на почве понятий, выработанных математикой; в математике ориентирует она основные свои начала. Логические мотивы, зародившиеся в математике, находят свое полное развитие в логике. Дух этих мотивов, проникающий математику, отражается и в логических категориях, при чем если в математике он являлся материей, то в логике он усваивается как закон [3]).

Но если логика, по Когену, основывается на факте другой науки, то и логика наук о духе должна иметь свою науку, на которой могла бы свои понятия ориентировать, свою математику. Так как область должного есть лишь особый метод рассмотрения явлений, то сама этика должна, естественно, стать учением о методе. Этика квалифицируется, таким образом, в качестве логики наук о духе. Ма-

---

[1]) Штаммлер, Хозяйство и право, II, 17.

[2]) Там-же, стр. 24 Кн. Е. Н. Трубецкой (Панметодизм в этике,—„Вопросы философии и психологии", № 97, стр. 164) думает, что философы этой школы превращают мир в некое царство теней, не оставляя ничего живого на свете. Ему кажется, что „и небо и земля, и мир духовный и мир телесный, и Бог, и человек, все у него (у Когена) иссушено и превращено в методу". На самом деле, однако, все живое остается живым, познаваемым, однако, через закон причинности, при посредстве которого мы получаем понятие сущего, но то, что по существу своему есть не более как метод, не может быть действительно „оживляемо", обращаемо в конкретный „одушевленный" предмет. Срв. Cohen, Logik der reinen Erkenntniss, 1902, 125. Исследованием, посвященным рассматриваемому учению, является на русском языке книга В. А. Савальского, Основы философии права в научном идеализме. Марбургская школа философии: Коген, Наторп, Штаммлер и др., т. I, 1908 г., представляющая собою в значительной своей части апологию, посвященную Г. Когену. Тем не менее несправедливо резким должен быть признан отзыв на эту книгу П. И. Новгородцева Русский последователь Г. Когена. „Вопросы философии и психологии", кн. 99, стр. 636—661. В общем нельзя не отметить, что идеи трех упомянутых новейших немецких мыслителей не нашли еще своего углубленного изучения, что особенно странно по отношению к Штаммлеру, многие из трудов которого переведены и на русский язык.

[3]) Cohen, op. cit., 65.

тематикой для этой новой логики должна явиться юриспруденция [1]). Если этика образует в области наук о духе аналогию логике, то юриспруденция есть аналогия математике.

Итак, этика есть логика наук о духе, юриспруденция — ее математика. Таково возрение Когена, стремящегося притти этим путем к построению этики, как науки о человеке [2]).

Мы не можем рассматривать здесь вопроса о том, насколько удалось марбургскому философу его построение этики чистой воли, насколько, в частности, большую услугу могла оказать ему в этом догматическая юриспруденция [3]). Нам важно здесь отметить, что в основу создания этической системы Когеном положена идея о должном, как особом методе, сообразно чему вся его этическая система получила чисто формально-логический характер.

Не об этике, но о праве, о построении новой системы права, думал другой представитель названной выше школы Р. Штаммлер. Создавая новую систему философии права, Штаммлер не может, разумеется, довериться в этом старой юриспруденции. Не об ориентировании новой логики, по началу конечной цели построяемой, на старых понятиях, построенных нередко по совершенно иному началу, а о создании новой системы правовых понятий думает Штаммлер [4]).

Как у Когена этика, так у Штаммлера право есть особый род мышления, мышления по принципу конечной цели. Но чтобы получить реальную возможность мыслить таким именно образом, требуется овладеть системой соответствующих понятий. „Мыслить—значит познавать при посредстве понятий", говорил Кант [5]). Но проблема права есть проблема социальной жизни людей, проблема из взаимного господства и подчинения. Идеей социальной жизни нужно овладеть лицу, стремящемуся познать право, прежде всего. Этой цели и служат у Штаммлера два понятия: материи и формы.

В каждом правовом исследовании, пишет Штаммлер, должны быть сознаны и различены два элемента—форма и материя. Ма-

---

[1]) Ibid. 66: „Das Analogon zur Mathematik bildet die Rechtswissenschaft. Sie darf als die Mathematik der Geistwissenschaften, und vornehmlich für die Ethik als ihre Mathematik bezeichnet werden".

[2]) Ibid, 1.

[3]) См. об этом Кистяковский, Социальные науки и право, 1916 г., стр. 386 и сл., 400 и сл., Савальский, ук. соч. стр. 193 и сл. Нельзя не заметить, что в то время как моралисты (Иодль, Гензель, Вейзе) отнеслись в общем сочувственно к идее ориентирования этики в юриспруденции, юристы (Спекторский, Кистяковский) высказываются против этого.

[4]) Штаммлер полемизирует с Когеном по вопросу об отношении логики к этике, см. его Theorie der Rechtswissenschaft, 62 ff.

[5]) Kritik der reinen Vernunft, Werke, I, 73: „Denken ist das Erkenntniss durch Begriffe".

терия определяет целевые особенности, обозначает известный предмет, на который именно данное стремление направлено; форма обозначает методическое единство юридических понятий, суждений, заключений. Оба элемента, соединенные вместе, образуют содержание определенного правого сознания [1]). Более того, лишь это разграничение материи и формы делает, по мнению Штаммлера, „возможным доказательство правильности определения того или иного общезначимого понятия". „Каждое такое понятие,—говорит он,—может почитаться действительно правильно определенным, если показано, каковы те обуславливающие элементы, которые могут внести порядок и единство в многообразное содержание нашего сознания. В постоянном единстве этих определяющих элементов и состоит сущность понятия" [2]).

Произведенное им различение понятий материи и формы Штаммлер и применяет к идее социальной жизни людей. В чем же заключается,—спрашивает он,—отличие совместной жизни людей от простого их сосуществования в пространстве и времени?—Только внешнее регулирование человеческих отношений делает, по мнению Штаммлера, возможным понятие социальной жизни, как особого объекта [3]). Лишь это внешнее регулирование дает нам возможность рассматривать совместную жизнь людей, как подчиненную общим целям [4]). Лишь момент внешнего регулирования дает нам, другими словами, общество, как объект исследования по началу конечной цели.

Несомненно, общество можно представлять себе и иначе, не так, как это предлагается Штаммлером. Можно, вслед за Сен-Симоном, Гегелем, Прудоном, Марксом, Лоренцом Штейном, считать, что общество есть совокупность экономических классов, противопоставлять общество, в этом смысле слова понимаемое, государству, но общественная жизнь, так определяемая, не может быть объектом рассмотрения с точки зрения начала конечной цели [5]). Подобно тому как

[1]) „Der Grundgedanke des Ganzen (unseres Werkes) ist und bleibt dieser: In jeder Rechtsbetrachtung sind zwei Elemente bewusst zu unterscheiden—Form und Stoff. Dieser gibt die Besonderheit der Ziele an, er besagt den bedingten Gegenstand, worauf gerade das fragliche begrenzte Streben gerichtet ist; die erste bedeutet die Einheit der Denkarten des juristischen Begreifens, Urteilens, Schlissens. Beides vereint bildet den Inhalt eines bestimmten rechtlichen Bewusstseins". Theorie, 35. См. также хозяйство и право, I стр. 121 и сл., 129 сл. Штаммлер предупреждает при этом, что „материю" понятия нельзя смешивать с „содержанием" понятия „den Gegensatz zu der Form bildet der in ihr bestimmte Stoff, und beide zusammen ergeben erst den Inhalt einer Vorstellung" (Theorie, 279).

[2]) Хозяйство и право, I, 123.

[3]) Там-же, стр. 90.

[4]) Стр. 124.

[5]) Этот момент упускается всеми, возражающими Штаммлеру. См., напр. Иеллинек. Право современного государства, 67, прим. G. Simmel, Schmollers Jarb.,

сосуществование людей, напр., в пространстве не подлежит оценке с точки зрения высшего начала, также точно не подлежит ему логически и общество, понимаемое как сосуществование людей, находящихся в известном механическом друг в отношении к другу соприкосновении. Критика прошла мимо весьма тонкого определения Штаммлера, не найдя в нем порою ничего кроме „смешения логических процессов с реальными“ [1]). Нужно, однако, поражаться, как наша юридическая литература могла довольствоваться Сен-Симоно-Гегелевским или Спенсеровским представлением об обществе, по которому общество создается и живет по законам природы, и вместе с тем защищать реальное в нем значение ирреальных процессов из области должествования [2])!

Необходимо признать вместе с глубоким и тонким немецким философом права, что лишь идея социального регулирования выражает собою возможность принять в наше сознание общество, как не механическое только, не „временное“ и „пространственное“, но „целевое“ единение. Именно в этой идее и выражается возможность свободного человеческого воления, свободного целеполагания, возможность, другими словами, воления, свободного от эмпирической обусловленности[3]). Только благодаря внешнему регулированию могут существовать для людей, мыслимых в известной связи, общие цели, ибо вне связей между людьми немыслимо никакое целеполагание, но при наличности этих связей целеполагание предполагает регулирование. Только внешнее регулирование выражает собой, наконец, некое постоянство господства и подчинения людей, каковой факт и подлежит собственно оценке права. Во всяком случае воззрение на общество, которое может быть противопоставлено Штаммлеровскому, воззрение на общество, как на продукт сцепления сти-

---

XX, 1896, S. 576 ff. Max Weber, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 1907, S. 121 ff. Кистяковский, цит. соч., стр. 343 и сл.

[1]) Кистяковский, указ. соч., 343. Впрочем, сам автор в другом месте (см. стр. 511) представляет для себя возможным воспользоваться определением Штаммлера, хотя и в „условном и ограниченном значении“. „Можно сказать,—пишет Б. А. Кистяковский,—что общество представляет собою урегулированное нормами сожительство людей“.

[2]) Больше того, нужно поражаться, до какой степени остался непонятым Штаммлер даже со стороны таких писателей, как Г. Иеллинек или Зиммель. Иеллинек, в частности, не отдает себе отчета в том, что, насмехаясь над определением Штаммлера, он насмехается над идеей „целевого единства“, им самим выдвигаемой. Любопытно, что полная разного рода выпадов против Штаммлера статья Макса Вебера (Brauns Archiv, 1907), озаглавленная „R. Stammlers „Ueberwindung“ der materialistischen Geschichtsauffassung“, вызывает одобрение даже со стороны лиц, относящихся в общем сочувственно к идеям Штаммлера. См. Н. Н. Алексеев, Социальная философия Р. Штаммлера. Вопросы философии и психологии, 96, стр. 2 и сл.

[3]) Сравн. Штаммлер, Хозяйство и право, т. I, стр. 24.

хийных сил („социальных“ или „психологических“), есть воззрение, сущность которого состоит единственно в том, чтобы отказаться от всякого иного восприятия человеческого поведения, кроме того, которое дает нам категория причинности, отказаться от его критики, от права. Отказаться, вернее, от открытого восприятия человеческого поведения через идею конечной цели, ибо таковая идея все же остается орудием восприятия, лишь мыслится не „на небеси горе“, а на „земле-низу“, мыслится в виде конкретных выгод, даваемых фактами.

Штаммлер желает рассматривать человеческое поведение по началу конечной цели и потому для него идея регулирования приобретает первостепенное значение. Регулирование и есть форма общества, есть логическое условие, при котором только и возможно понятие социального сотрудничества людей.

Только так воспринимаемое общество может быть затем подвергнуто правовому рассмотрению. Здесь мы и подходим к основному вопросу философии права, к самому понятию права.

Верный своему методическому принципу, Штаммлер прилагает разграничение материи и формы и к самому понятию права. Только таким путем может быть выяснена функциональная связь этой идеи с идеей об обществе, установлена роль должного в отношении ко всему существующему.

Право, согласно Штаммлеру, есть „формальное свойство человеческого воления“[1]). „Оригинальной особенностью нашей идеи о праве,—пишет названный автор,—является то, что оно рассматривается логически, как одинаковая форма нашего сознания: сущность права должна быть понимаема, как чисто формальное направление нашего сознания[2]). Право не есть, таким образом, продукт воли. Оно не создается особенным образом устроенной волей, но оно есть упорядоченное воление само[3]). Не цели создают понятие права, но само понятие есть не что иное, как определенный способ постановки целей.

Но если право—метод, способ выражения воли, то оно необходимо должно быть признано связующим выражением воли: мы отыскиваем в представлении о праве упорядочения общего и обязательного для всех[4]). Существо связующего выражения воли заключается в его самовластности (selbstherrlichkeit)[5]), в том, что оно

---

[1]) См. Theorie der Rechtswissenschaft, 69: „Das Recht ist eine formale Eigenschaft von menschlichem Wollen“. Мы увидим ниже (см. III—Право в объективном и субъективном смысле), что возможен и с точки зрения формально-методологической доктрины иной подход к этому вопросу.

[2]) Ibid, 71.

[3]) Ibid, 72.

[4]) Theorie, 92.

[5]) Ibid, s. 96. Сущность и задачи, стр. 45.

заявляет притязание на господство независимо от чьего-либо согласия. „Оно само определяет, кто ему подчинен, когда вступает кто либо в союз или должен быть удален из него". Отсюда—свойственная праву принудительность. Принуждение, о котором здесь идет речь, не есть какое-либо действие, могущее быть понято естественно-научным образом. „Принуждение в социальном смысле есть самовластное вторжение определенного волевого содержания в ряд средств для другого воления"[1]). В понятии принудительного регулирования лежит нечто совершенно отличное от возможности в том или ином случае норму осуществить[2]). Принудительность есть лишь логическое последствие самовластности данной формы. То-же относится и к третьему признаку правового воления,—к его ненарушимости[3]). В результате мы имеем определение понятия права, как ненарушимого, самовластного, связующего воления [4]).

Правовое принуждение, как видим, вытекает у Штаммлера из основной его идеи о праве, как особом методе, особом способе „воления". Однако, не всякое воление притязает на ненарушимое, самовластное, связующее значение. Не всякое воление принудительно. Отсюда—проводимое Штаммлером различие между правовыми нормами и конвенциональными правилами. Первые носят самовластный, принудительный характер, тогда как вторые этих свойств лишены [5]).

Как видим, факты социальной жизни, правила поведения, Штаммлер старается познавать строго и последовательно только сквозь призму категории конечной цели. Правила поведения являются для него, конечно, фактами действительности, но, будучи рассматриваемы с целевой точки зрения, они—эти законы и эти обычаи—становятся определенными „способами воления". И лишь в этой мере являются правом.

В своей совокупности они образуют позитивное право. Позитивное право есть всякое правовое воление в особенности, говорит Штаммлер[6]). В правовом волении нужно, по его мнению, различать

---

[1]) Ibid, S.98: „Zwang im sozialen Sinne besagt das selbstherrliche Einfügen eines Willensinhaltes in die Reihe der Mittel für ein anderes Wollen; es ist eine Verknüpfung, die nicht auf das Mittel eingefügte Einzelwollen in besonderen Faile zurückgeht, sondern in bleibender Weise in dem verbindenden Wollen selbst sich findet"

[2]) Ibid, S. 100.

[3]) S. 105 u ff.

[4]) S. 113: „das unverletzbar selbstherrlich verbindende Wollen".

[5]) „Конвенциональное правило по самому смыслу своему приобретает значение лишь в силу согласия подчиненного; быть может оно дается молчаливо, как это и бывает большею частию в общественной жизни, но особое соглашение необходимо всегда"..., Штаммлер, Теория анархизма, русск. пер., 1906 г. стр. 39. Ср. Хозяйство и право, I, стр. 108.

[6]) Theorie, 132 ff.

предмет и определение воления как правового. Отвлекшись от первого, мы получаем ничто иное, как формальный способ постановки целей, который и составляет в волении все правовое.

В отличие от господствующих реалистических воззрений по Штаммлеру не „действие" придает правилу правовой характер. „Действующее" право Штаммлер отличает от „позитивного". В идее действия права заключена его осуществляемость, но не осуществляемость придает правилу значение права[1]). Рассматривая общественную жизнь не в причинной зависимсти, но в связанности по началу конечной цели, Штаммлер может утверждать, что—наоборот—„правильность" придает факту, напр. правилу поведения, правовой характер.

Позитивное право может быть, однако, правильным и неправильным. И то, и другое, подчеркиваем, есть у Штаммлера позитивное и только позитивное право. Рассматриваемый автор не создает, подобно представителям старой естественно-правовой школы, системы норм, долженствующих вытекать из идеи правильно понимаемого права. Право только одно—позитивное, но оно право—лишь потому и постольку, поскольку собою являет особый образ целеполагания. Оно—право лишь в той мере, в какой мы применяем наш целеустанавливающий угол зрения.

Правильное право есть то же позитивное, но особенным образом упорядоченное право[2]). Позитивное право, содержание которого соответствует качеству правильности, есть правильное право[3]). Ошибка старого естественного права и заключалась, по мнению Штаммлера, в том, что не в методе, но в материи, на самом деле вечно изменчивой, оно усматривало абсолютное начало. Если, однако, нет ни одного конкретного правового суждения, которое по своему позитивному содержанию могло бы быть принято за истину a priori, то существует формальный метод, имеющий безусловно общезначимое применение[4]).

---

[1]) Ibid, 130—131.

[2]) Die Lehre von dem richtigen Rechte. 1902, S. 21 ff. Как увидим ниже, идея эта является несомненно ошибочной с точки зрения основ формально-методологической теории.

[3]) Нельзя не отметить, что идея Штаммлера о правильном праве не имеет ничего общего с идеей Л. И. Петражицкого об интуитивном праве, как бы определенно последний не указывал на их яко-бы сходство (См. Петражицкий, Теория права, т. II, стр. 714 и сл. Его-же. К вопросу о социальном идеале и возрождении естественного права, „Юридический Вестник", 1913 г., кн. II, стр. 19 и сл.). Формализм Штаммлера на самом деле совершенно несовместим с психологическим реализмом Петражицкого. См. по этому поводу П. И. Новгородцев. Психологическая теория права и философия естественного права, „Юридич. Вестник", 1913 г., кн. III, стр. 26.

[4]) Die Lehre von dem richtigen Rechte, S. 116—121.

Он дает нам поистине общеобязательный правовой масштаб [1]). Метод и есть, таким образом, то безусловное, что современная наука может противопоставить факту. Право, в качестве начала, свободного от причинной зависимости, может быть только методом, особым, совершенно самостоятельным, способом восприятия явлений общественной жизни [2]).

Таков конечный вывод всех усилий человеческой мысли, направленных на то, чтобы определить право, как начало, находящееся вне цепи причинной связанности, как начало, необусловленное ничем.

§ 5.

Выводы

(причинность и телеология).

Все высказанное нами по вопросу об отношении между правом и фактом может быть формулировано в следующих положениях:

1) Право, понимаемое в смысле аксиомы или совокупности аксиом, имеющих определенное конкретно-эмпирическое содержание, есть нечто обусловленное, как все, во времени совершающееся, есть, другими словами, факт. Право в этом смысле слова не может быть, следовательно, противопоставляемо факту. Идеи свободы, равенства, порядка и т. п.,—суть всегда общественно-психические факты. Как таковые они и должны быть воспринимаемы.

2) Право, понимаемое в смысле метафизической субстанции, есть, однако, нечто, стоящее не только вне опыта, но и изъятое из сферы познаваемого. В право в этом смысле можно поверить, в существовании его нельзя убедить. Поскольку-же из этой веры извлекаются какие-либо имеющие реальное значение положения, то они принимают характер опять-таки „опытных идей", вроде свободы, порядка,—становятся общественно-психическими фактами. „Мышление бытия равносильно бытию мыслимого" [3]).

---

[1]) Ibid, 120: „Hiermit bekommen wir erst in Wahrheit ein allgemeingültiges Rechtsmass. Es ist die Methode, welche nur das formale Verfahren an sich gibt, im Sinne einer unbedingten Gesetzmässigkeit zu erforschen".

[2]) Из этой идеи вытекает и социальный идеал, исповедуемый Штаммлером, формулируемый им в выражении: „Die Gemeinschaft der freiwollender Menschen". См. Die Lehre, 198, Theorie, 485, Хозяйство и право, II, 251, Сущность права, 76. Свобода от эмпирической обусловленности человеческих хотений, „способность принимать за свои объективно правомерные цели другого" создает то общение между людьми, которое Штаммлер мыслит как идеальное.

[3]) См. Петр Струве, Свобода и историческая необходимость, „Вопросы Философии и Психологии", кн. 36, стр 124.

3) Очевидно, что лишь мысля идею вне всякой материи, мысля ее как чистую форму, как самое идеальную возможность, можем мы выйти из сферы действия причинной обусловленности, ибо и самая причинная обусловленность есть также лишь чистая форма, метод.

Таким образом, наряду с методом познания по началу причинной зависимости получает применение к восприятию человеческих поступков иной метод познания,—по началу конечной цели. Право есть ничто иное как метод рассмотрения человеческого поведения (общественной жизни, общества), по принципу конечной цели.

Таково единственно логически мыслимое аксиоматическое выражение понятия права.

Спрашивается, однако, что может дать такое определение, что может извлечь из него для себя конкретно-эмпирическая действительность?—Отвечаем: многое и огромное.

Право есть метод, есть чистая форма, но такая форма, которая означает объективно-обязательные законы мышления для каждого, кто только мыслить способен. Эти законы повелевают людям воспринимать мир, как систему сознательно поставленных целей, в то время как законы причинности повелевают нам рассматривать его как стихию, повелевают воспринимать факты безо всякой оценки с точки зрения высших целей. В этом и заключается реальное значение права, как метода.

Применение изложенного воззрения на право к решению проблемы о государственной власти имеет обнаружить всю реальность значения понимания права как метода. Предварительно, однако, необходимо исследовать с указанной, формально-методологической, точки зрения некоторые основные понятия общей теории права.

III.

Право в объективном и субъективном смысле.

§ 1.

Приемы построения правовых понятий.

„Обыкновенно полагают, — пишет проф. Л. И. Петражицкий, — что для образования понятия права следуетъ обозреть правовые явления, сравнить их друг с другом для отыскания общих всем им признаков и затем сравнить их с другими, главным образом, сродными явлениями, для выбора из найденной суммы таких общих признаков, которые были бы вместе с тем и отличительными для правовых явлений...; то же относится к образованию других общих юридических понятий“ [1]).

Нельзя не признать, что сделанная Л. И. Петражицким в приведенных выше словах характеристика господствующих в юридической литературе приемов образования понятий вполне отвечает действительности.

Всякое позитивное исследование „правовых явлений“ предполагает их как нечто, подобно всем явлениям природы, нам данное, что мы в состоянии наблюдать, „обозревать“, в чем мы можем „отыскивать“ те или иные признаки, что мы способны „сравнивать“ с другими, „сродными“ праву, явлениями. Всякое такого рода исследование заранее представляет „правовое явление“, как некую вещь, существование которой определяется однако не пространственной, но временной ограниченностью [2]). Вопрос заключается лишь в том,

---

[1]) Л. И. Петражицкий, Введение в изучение права и нравственности. Основы эмоциональной психологии. Изд. 3, 1908 г., стр. 38—39.

[2]) Из философов в яркой и последовательной форме идею о „вещи во времени“ выдвинул Шуппе. Для него государство и право „Zeitdinge“. См. W. Schuppe. Grundriss der Erkenntnisstheorie und Logik, 1894, S. 127. Из социологов ту же идею

чтобы уловить существенные признаки, данному явлению действительно свойственные.

Именно в этой плоскости и происходят в юридической литературе все споры относительно решения основных проблем теории права.

Когда, например, Бирлинг пытался выяснить круг явлений, которым присуще правовое качество, путем сравнения различных явлений с теми, которые „без всякого сомнения должны быть признаны за право", то чем, как не некоей „вещью во времени", данной нам кем то заранее, лишь рассмотрение которой во влем объеме вызывает затруднения, рисовалось названному юристу право? [1]) Или, — когда Шершеневич приступал к задаче определения права со словами: „наблюдая право в жизни, мы обнаружнваем прежде всего, что оно всегда выражается в виде правил",—то разве не с тем же методологическим предубеждением подходил он к проблеме? [2]) Когда же один из новейших писателей, Евг. Эрлих, стремится установить круг правовых явлений из опыта „путешественника, приехавшего из чужой страны и желающего описать изученное им ее право", то это только свидетельствует о крепости установившихся в юриспруденции позитивных методологических навыков. [3])

Однако и Л. И. Петражицкий, которому принадлежит приведенная выше характеристика господствующих в юриспруденции приемов познания права, не отступает от них в основном и главном. Наоборот, он желает придать этим приемам наиболее целесообразное направление. Ошибка господствующих теорий заключается, по мнению Петражицкого, не в том, что они рассматривают право, как нечто для определения и отыскания „существенного признака" заранее данное [4]). Он утверждает лишь о невозможности обозреть соот-

выдвигает Эмиль Дюркгейм, по мнению которого, первое и основное правило, которым должен руководиться социолог, состоит в том, что „социальные факты нужно расматривать как вещи (des cheses)". См. его Метод социологии, русск. пер., 1899 г., стр. 20.

[1]) См. E. R. Birling. Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, I, 1877, S. 9: „entscheiden über die Rechtsqualität kann nur die Vergleichung mit dem, was zweifellos Recht ist".

[2]) Г. Ф. Шершеневич, Общая теория права, I, 1910 г., стр, 281.

[3]) Eug. Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913, S. 7.

[4]) Недоразумение могут вызвать следующие слова Петражицкого: „отнюдь не следует думать, будто классовые понятия обнимают только реально существующие предметы, так что классы составляют более или менее многочисленные реальные предметы". Напротив, — утверждает Петражицкий, — многие классовые понятия обнимают даже исключительно такие объекты, которые только мыслимы, но в природе совсем не встречаются." (Введение, стр. 39). Нельзя, однако, не заметить, что проф. Петражицкий допускает в данном случае, — чтобы употребить излюбленный им термин — „ошибку называния". Под реальностью он разумеет здесь лищь то, „что имеет" пространственные границы. Между тем и „объекты мыслимые", напр. — те или иные конкретные идеи, психические переживания и т. д., также вполне реальны, т. е. рассматриваются нами как явления безусловно существующие, однако, уже не в пространстве, а только во времени.

ветствующие объекты со стороны „наличности каких либо всем им общих признаков", а равно о невозможности обзора прочих, хоть бы только „сродных", объектов для нахождения отличительных, у всех прочих объектов отсутствующих признаков[1]). Л. И. Петражицкий полагает, что фактически „дело ограничивается обозрением нескольких, представляемых исследователем, норм права, сравнением их с несколькими, представляемыми, нормами нравственности, предписаниями религии и т. д., а в качестве результата такого исследования сообщается..., как если бы автор на самом деле „видел" и сравнил друг с другом все правовые, все нравственные явления и т. п."[2]). При этом, по мнению названного ученого, критерием для отыскания общих и отличительных признаков служат лишь наши привычки называть предметы тем или иным именем. „Например, юристы, — пишет профессор Петражицкий, — пытаясь найти признаки, отличающие право от нравственности и других (по их мнению) сродных явлений, действительно уже заранее имеют критерий для отнесения одних объектов к праву, других к нравственности, и применяют этот критерий с большою уверенностью, но тем не менее они исходят обыкновенно не из искомого и подлежащего введению в понятие и обоснованию критерия (хотя иногда бывает и это), а просто из того, что такую-то норму (напр., об исполнении договора купли) они привыкли считать, т. е. именовать, правовою, такую то другую (напр., о любви к ближнему) нравственною и т. д."[3]).

Профессор Петражицкий не желает находиться в рабстве у человеческого словоупотребления,—особенно же словоупотребления профессионально-юридического. Недовольный тем, что юристы при выборе конкретных образцов права для образования соответственного понятия исходят из „профессиональных привычек называния"[4]), Петражицкий ищет такого способа образования понятий, который дал-бы возможность избегнуть этой ошибки. „Правильно понимаемое образование понятий не предполагает, по его мнению, преодоления каких-либо гносеологических затруднений"[5]). „На самом деле достаточно взгляда на один какой-либо предмет, чтобы иметь достаточно материала для логически вполне корректного образования множества классовых понятий—путем подставления в общую схему понятий различнейших признаков этого предмета (напр. предметы такой-то формы,—такого то объема, предметы такого-то веса,—состава, цвета и проч. и проч.)". Для этого, полагает упомянутый автор, не нужно даже под-

---

[1]) Введение, стр. 63.
[2]) Там же, стр. 40.
[3]) Там же, стр. 45.
[4]) Стр. 49.
[5]) Стр. 65.

вергать что-либо конкретному осмотру или изучению. Весь вопрос заключается, по его мнению, в другом. Дело в том, что „не все безукоризненные с обще-логической точки зрения классовые понятия и классы могут иметь значение и ценность в науке“ [1]). Удовлетворяющими задаче научного познания и объяснения явлений следует признать, по мнению Л. И. Петражицкого, лишь такие классовые понятия и классы, относительно которых существуют или могут быть образованы адэкватные научные теории [2]). Под последними же Л. И. Петражицкий разумеет „теории, в которых то, что высказывается (логические сказуемые) истинно именно относительно того класса объектов, о котором оно высказывается (мыслится); так что, если о каком-либо виде какого-либо рода или об его подвиде и т. п. высказывается нечто такое, что на самом деле истинно осносительно всего рода или вообще более обширного класса, или имеется налицо обратное несоответствие, то это не будут адэкватные теории“ [3]).

Приведенные замечания проф. Петражицкого относительно установившихся в науке методов построения понятий являются, конечно, весьма глубокими, своевременными, и еще не нашедшими себе достаточно справедливой оценки в литературе. Предъявляемое им к научным понятиям требование о том, чтобы относительно каждого из них могла быть построена адэкватная научная теория, должно быть признано единственным требованием, которое вообще может быть предъявляемо понятию от лица научной теории, созданной относительно обозначаемого понятием класса явлений. Утверждение или отрицание чего-либо о круге предметов, которое, однако, может быть отнесено не ко всему этому кругу, а лишь к его части, есть, несомненно, утверждение (или отрицание) неправильное,—„прыгающее“,—по терминологии Петражицкого [4]). Утверждение (или отрицание) чего либо о круге предметов, которое, однако, может быть отнесено не к данному, но к более обширному их кругу, есть утверждение (или отрицание), несомненно, также неправильное, искажающее научную перспективу,—„хромое“—по терминологии Петражицкого [5]). Таким обрасом, адэкватность есть нечто, от чего научная теория отказываться не может. Но возможность адэкватной научной теории очень часто зависит от понятий, которые пускаются в научный обиход. Та-

---

[1]) Ubi supra.

[2]) Там же, стр. 66.

[3]) Там же, стр. 67.

[4]) Введение, стр. 74—75.

[5]) См. Введение, стр. 69. Неправильность „хромых“ теорий не сводится лишь к их недостаточности. Теории эти, высказывая нечто относительно более узкого, чем следует, круга предметов (явлений), вместе с тем высказывают нечто неправильное относительно тех предметов, которые оказались ошибочно невключенными в понятие, составляющее подлежащее суждения.

кие, например, логически безупречные понятия, как „сигары в 10 коп.“ или „животные с длинными ногами и коротким хвостом“ являются более чем сомнительными с точки зрения их пригодности для построения адэкватных научных теорий. Но беда всех господствующих в юридической науке теорий в том-то и заключается, что теории эти строятся относительно понятий, мало пригодных для создания относительно них адэкватных суждений. Когда начинают говорить о праве, имея при этом в виду лишь действующие законы, то соответствующие, как социологические, так и психологические теории легко нарушают требование адэкватности,—иногда они „прыгают“, а чаще—„хромают“.

При всем этом нельзя, однако, не отметить, что все значение идей Петражицкого в вопросе о методах построения понятий сводится не к отказу от господствующих в этом отношении навыков, но лишь к упорядочению последних. И Петражицкий представляет себе право, к определению которого подходит с требованием „адэкватности“, как нечто данное, как „вещь во времени“, как класс явлений, пригодный для построения относительно него адэкватных теорий. Благодаря этому он получил возможность создать весьма оригинальную и несомненно адэкватную теорию о некоторых „вещах во времени“, психических переживаниях, однако—не о праве.

Мы видели, что право есть не нечто, нашим чувствам для восприятия природой данное, даже не нечто „умом создаваемое“, „умственное“, но форма, в которой процесс нашей мысли протекает; оно—не обусловленное, в цепи причин и следствий, но обусловливающее течение наших мыслей; оно есть метод рассмотрения общественной жизни по началу конечной цели [1]).

Но при этом воззрении на право должны существенным образом измениться и приемы построения правовых понятий. Если право есть метод рассмотрения фактов по началу конечной цели, то как для образования самого понятия права, так и для образования других общих юридических понятий нет нужды ни в „обозрении“ большого количества соответствующих явлений, ни в рекомендуемом профессором Петражицким „взгляде“ на один какой-либо предмет. Ни тот ни другой способ не могут быть полезными там, где речь идет о системе наших целей.

Право не есть образ, почему оно не только не „обозримо“, но и вообще не поддается „взгляду“. Право существует раньше всякого опыта, а потому и раньше всякого „обзора“. Понятие о праве—по самому своему существу есть понятие априорное, необходимое для самого опыта. Понятия о праве нельзя, поэтому, определить, пользуясь

[1]) См. выше: II,—„Факт и право“, § 4.

данными опыта в той или другой его форме. Как априорное, оно вступает в сферу опыта уже готовым, как-бы заранее созданным.

Но если само понятие права не может быть создаваемо на основе данных опыта, то не ими определяется построение всех вообще правовых понятий. Понятие становится правовым не потому, что в тех или иных эмпирических фактах мы находим признаки, придающие явлению правовой характер. Когда, например, речь идет о собственности, владении и т. д., то правовой момент во всех этих случаях нельзя искать в вещах, на которые собственность или владение устанавливается, а равно в тех или иных человеческих действиях самих по себе. Та или иная группа фактов (явлений), образованная путем „обозрения“ или „взгляда“, только в том случае получает правовое освещение, если подпадает под рассмотрение по началу конечной цели. Для того, чтобы образовать правовое понятие, слишком недостаточно произвести группировку явлений по тому или иному систематическому признаку в целях констатирования происходящего. Понятие приобретает характер правового лишь в той мере, в какой этот систематический признак оправдан нами, по скольку он нашел себе место в системе целей. Говоря о собственности или владении, мы имеем в виду не констатирование наличности в человеческом обществе некоей совокупности фактических обладаний теми или другими предметами. Не о констатировании известных отношений, не об их оправдании идет здесь, очевидно, речь. Но оправдание это совершается не по чему иному, как потому, что самая группировка явлений, самый выбор систематического („отличительного“, „существенного“) признака, положенного в основу понятия, происходит посредством подчинения всего этого процесса нашему методически необходимому целеполаганию.

Факты, сами по себе, во времени рассматриваемые, не лучше и не хуже один другого. Для выделения из них группы таких, которые подлежат оправданию, следует поэтому искать основания в том, что стоит за пределами фактического. Отсюда и возникает необходимость в подчинении нашей систематизирующей (при построении понятий) деятельности объективным, в логической связи с идеей конечной цели стоящим целям.

Итак, не по началу выделения отличительного признака из эмпирически воспринимаемого образа, но по принципу подчинения эмпирических группировок объективным целям, априорной идее права, должно происходить построение правовых понятий [1]).

[1]) Писателями господствующего направления идея эта была сознана в той форме, что юридическое изучение каких-либо явлений представлялось им рассмотрением их с точки зрения норм действующего права. См., напр., Jellinek, System der subjectiven öffentlichen Rechte, S. 14 u. ff. Его же. Право современного государства, 2 изд., стр. 15—16. При этом понимании задач правового познания остается, однако,

Акт образования правового понятия содержит в себе, таким образом, два момента: 1) момент объединения, систематизации многообразного, каковой момент присущ не только правовому, но и всякому другому понятию [1]); 2) момент подчинения объединяющего

невыясненным, почему в ряду всей массы фактов, воспринимаемых нами в действительности, одна их группа—законы, обычаи—приобретает такое значение, что служит основою для суждений о других фактах, для их оправдания или осуждения. Методологическая необоснованность не помешала тем не менее этого рода теориям приобрести охарактеризованное ранее огромное общественно-политическое значение. Правильная, на наш взгляд, постановка учения об юридической методике впервые дана Рудольфом Штаммлером в его Theorie der Rechtswissenschaft, 1911, S. 262 u ff.

Однако, сделанное Штаммлером указание, что образование правового понятия состоит из наблюдения, сравнения и соединения (стр. 268), не отличается точностью. Это именно и есть критикуемый Петражницким способ построения понятий, способ, к которому, впрочем, сам Штаммлер не прибегает: ни „наблюдения", ни „сравнения" мы у него не находим. В дальнейшем изложении Штаммлер формулирует свою мысль несколько точнее „also ist jeder Rechtsbegriff die Zusammenziehung eines besonderen Willensinhaltes in der Art, wie sie durch die Grundbegriffe des Rechtes ermöglicht wird". Способ этот, однако, заслуживает еще более точной общей формулировки, которой мы не находим у Штаммлера. Нельзя не отметить в частности, что усиленно подчеркиваемая им объединяющая, систематизирующая, деятельность (Срв. выше, „реализм в юриспруденции", § 6), свойственная правовым понятиям, —присуща всем понятиям вообще. Образовать понятия о „столе" значит в той же мере осуществить систематизирующую функцию, как и построить понятие „собственности" Выдвигая эту функцию правовых понятий на первый план (стр. 269), Штаммлер тем самым сглаживает все особенности построения правовых понятий.

В связи с систематизирующим значением понятий—возникает, однако, более общий вопрос о том, что не только правовые, но как будто и все другие понятия создаются на принципе цели. При разрешении этого вопроса нужно различать двоякого рода случаи.

1. Несомненно, что весьма часто под видом замеченного эмпирически доказуемого, „отличительного", признака скрывается совершенно явная субъективная цель, что, другими словами, мы наблюдаем в явлении то, что хотим в нем наблюдать, при чем на основании таким образом „установленного" признака строим понятия. Этого рода „эмпирические исследования" сплошь да рядом наблюдаются в изучении явлений общественной жизни. Легко, однако, заметить, что этот способ построения понятий также далек от указанного в тексте, как идея цели в условно-эмпирическом смысле далека от идеи цели в смысле объективно-методологическом.

Выражением идеи цели является в первом случае „я хочу", во втором—„я должен".

2. Однако, и совершенно добросовестно образовывая понятие по началу выделения отличительного признака, мы можем совершенно сознательно, как это и делается в разных науках, выбрать таковой из состава других свойств явления. Здесь опять выступает на сцену целевое начало, все же, однако, далекое от начала цели конечной. Выделяя систематизирующие начала, мы ограничены в данном случае как нашими опытными впечатлениями, которые выдвигают нам тот или иной признак, так и соображениями удобства, годности, систематической полезности данного признака. Подчиняя явления целевому рассмотрению, мы имеем конечную цель всегда впереди как чувственных впечатлений, так и соображений полезности и удобства. Выражением идеи цели в одном случае будет „нужно" во втором—„должно".

[1]) Как хорошо замечено Штаммлером,... „begreifen heisst gerade: etwas einheitlich bestimmen" (Theorie, 269).

принципа априорной идее права, в результате чего осуществляется функция оправдания фактов, отбора их по указанному выше началу.

§ 2.

Метод решения проблем об „объективном" и „субъективном" праве.

Применение позитивного, „естественно-научного", метода, состоящего в „обозрении" правовых явлений в целях нахождения отличительного для права признака, обусловливается следующими, ходячими о праве представлениями.

1) Право рисуется, прежде всего, в виде совокупности „норм" или—проще—велений, исходящих от определенных авторитетов. Эта совокупность норм носит название объективного права или права в объективном смысле.

2) Право представляется, далее, в виде совокупности отношений, этими нормами урегулированных, в каковом случае говорят о субъективном праве или о праве в субъективном смысле.

3) В составе этих отношений, называемых правовыми, выделяется ряд моментов, среди которых особое значение принадлежит полномочию или правомочию (Befugniss). Оно нередко также называется правом, при чем именно ему присваивается название права в субъективном смысле [1]). Некоторые же авторы стремятся, нао-

---

[1]) См. об этом у Fr. C. v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, B. I, 1840, S. 7: „Betrachten wir den Rechtszustand, so wie er uns im wirklichen Leben von allen Seiten umgiebt und durchdringt, so erscheint uns darin zunächst die der einzelnen Person zustehende Macht: ein Gebiet, worin ihr Wille herrscht, und mit unserer Einstimmung herrscht. Diese Macht nennen wir ein Recht dieser Person gleichbedeutend mit Befugniss: Manche nennen es das Recht im subjectiven Sinn". Сам Савиньи считает, однако, что существо дела заключено не в правомочии (Befugniss), а в правоотношении (Rechtsverhältniss), „von welchen jedes einzelne Recht nur eine besondere, durch Abstraction ausgeschiedene Seite darstellt, so dass selbst das Urtheil über das einzelne Recht nur insofern wahr und überzeugend sein kann, als es von der Gesammtanschauung des Rechtsverhältnisses ausgeht". Вслед за Савиньи Пухта писал: „Wir gebrauchen das Wort Recht

1) für den allgemeinen Willen, den Willen der Gesammtheit, die etwas als Gebot der rechtlichen Freiheit, als eine Vorschrift, als einen Satz, der durch sie gegeben ist, erkennt. Recht ist also hier eine Rechtsvorschrift, ein Rechtssatz, oder Inbegriff von solchen. Diese Rechtssätze, die das Recht eines Volks bilden, sammeln sich in gewisse Massen nach den Verhältnissen, die sie bestimmen; solche Massen von Rechtssätzen heissen Rechtsinstitute. So nennt man z. B. das Eigenthum ein Rechtsinstitut, insofern wir dabei die Masse von Rechtssätzen denken, die es betreffen. Das Recht besteht aus Rechtsinstituten, diese wieder aus einzelnen Rechtssätzen. Das Wort Recht wird aber auch gebraucht

2) für den Willen des Einzelnen, sofern er jenem allgemeinen Willen entspricht für die Herrschaft oder Macht (wie man auch sagt, die Befugniss) die der Person über einen

борот, отделить понятия правомочия и субъективного права, при чем пытаются слить последнее с основанными на предписаниях объективного права притязаниями (Anspruch)[1]). Правила поведения,

---

Gegenstand gegeben ist. Ein solches Recht, welches der Person zusteht, lässt sich in einzelne Befugnisse zerlegen, die darin liegen, wie z. B. in der vollkommenen Macht über eine Sache, dem Eigenthum, die Befugniss die Sache zu besitzen, ausschliesslich zu gebrauchen u. s. f. enthalten ist..." См. G. Fr. Puchta, Cursus der Institutionen, I, 1850, S. 12—13.

После Савиньи и Пухта это различение права в объективном и субъективном смысле, при чем под последним понималась та совокупность правовых отношений, то правомочие, становится общеупотребительным. См. из пандектистов A. Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2 Aufl., 1868. § 23., Виндшейд, учебник пандектного права, т. I, русск. пер. С. В. Пахмана, 1874 г., § 37. Dërnburg: Пандекты, русск. пер. Соколовского, т. I, общая часть, §§ 19 и 39. Встречаются, впрочем, весьма разнородные модификации терминологии. Так, Регельсбергер, Общее учение о праве, русск. пер. И. А. Базанова под ред. Ю. С. Гамбарева, 1897 г., стр. 1.: объективное право называется здесь правом, субъективное—правами „Все права,—пишет названный юрист,—в своей совокупности покоятся на почве права. Это значит, что когда кому-либо принадлежат по праву известные полномочия (право в субъективном смысле), он имеет эти полномочия в силу признания их в действующих положениях права (право в об'ективном смысле).

[1]) Особенную настойчивость проявляет в этом направлении Bierling, по мнению которого „nur der Rechtsanspruch verdient im vollen Sinne des Wortes als „Recht eines Subjectes", „Recht im subjectiven Sinne oder kurzweg als „subjectives Recht bezeichnet zu werden". Anspruch или, точнее, Rechtsanspruch есть, по Бирлингу, „immer nur dasjenige—imperativisch ausdrückbare—Begehren, dessen Inhalt eine Rechtsnorm ausmacht". (См. его Juristische Prinzipienlehre, I 1894, S. 161; ср. Zur Kritik, II, s. 49 u. ff.). Отделить правомочие от субъективного права стремится также A. Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht, 1878. По его мнению „Die Befugniss ist Rectliche Macht". (S. 343), „ein können rechtlicher Art" (338) но „das rechtliche Können ist unabhängig einerseits vom rechtlichen Nichtdürfen anderseits vom rechtlichen sollen" (S. 345). Таким образом правомочие, как возможность правового действования отличается названным юристом от субъективного права, которое представляется ему „durch die Verheissung eventueller Ansprüche begründet" (S. 218). Отделенное от правомочия (Befugniss) субъективное право сливается здесь с притязанием (Anspruch), возникающи в том или ином лице в силу предписаний объективной нормы, как состояние, ею защищаемое. См. по этому поводу замечания Дернбурга, Пандекты, I, § 39, стр. 102. В русской литературе субъективное право отождествляет с правомочием Н. М. Коркунов. Лекции по общей теории права, изд. 8, стр. 148. Интересные замечания о различии между правомочием и притязанием мы встречаем у Д. Д. Гримма, Курс римского права, т. I, в. 1 стр. 148, который рассматривает притазания как отношения, вспомогательные по отношению к правомочиям. О различии, существующем между притязанием и субъективным правом, см. также указания у G. Jellinek'a. System der subjectiven öffentlichen Rechts, 1892, S. 50 ff. Право, может „по его мнению, порождать множество притязаний. Право (в субъективн. смысле) „ist die Möglichkeit einer a priori in der Regel inhaltlich nicht bestimmbaren Zahl von Forderungen und Erlaubnissen das innere Wesen der rechtlich annerkannten Willensmacht" (S. 50) „Eine conkrete aus dem subjektiven Rechte entschpringende. gegen eine bestimmte Person gerichtete actuelle Forderung ist aber ein Anspruch (S. 51). „Der Anspruch ist nun gegenüber dem abstrakt-potentiellen Rechte stets aktuell".

урегулируемые последними отношения, правомочия, притязания—все это вполне доступные эмпирическому анализу факты. Более того, эти именно факты и выступают перед нами, коль скоро мы путем „обозрения“ отыскиваем право в безбрежном море явлений действительной жизни. Поэтому обычно, когда защищают полезность права или утверждают о необходимости его „упразднить“, то и те и другие,—и этатисты и анархисты,—имеют в виду именно названные выше факты, а из них—объективное право по преимуществу.

Но при таком представлении о праве и о методах его изучения познание права должно быть неминуемо сведено лишь к тому, чтобы „определить“ понятия нормы объективного права, „правоотношения“ или правомочия [1]). Обозревая эти „явления“, стараются найти их отличительные признаки. В результате зарождаются разнообразные теории, которые строятся на установлении различных эмпирических признаков, объективному или субъективному праву яко-бы свойственных. Нормы, притязания, „правоотношения“, рассматриваемые как эмпирические явления, связаны с большим числом других, самых разнообразных, эмпирических фактов. Поэтому, в зависимости от особенностей субъективного опыта того или иного автора, возможно связывание представления об „объективном“ или „субъективном“ праве с теми или другими эмпирическими явлениями. Так, объективное право определяют как порождение „государственной власти“, или, что то же, как совокупность правил, соблюдение которых сопровождается принуждением, при чем идея принуждения иногда, как у Муромцева, смягчается до степени защиты, или гарантии (у Еллинека), иногда же, как у Шершеневича, принимает весьма конкретный облик „угрозы“ [2]). Другая группа юристов усматривает существенный признак объективного права в том, что оно состоит из „велений“, императивов,

---

[1]) Очень характерными являются с этой точки зрения рассуждения, которые мы встречаем в учебнике А. Рождественского, Основы общей теории права, 1912 г., стр. 13. „Термин право употребляется в двух различных значениях: этим словом обозначается, с одной стороны, право в объективном смысле, с другой—право в субъективном смысле. Определить понятие права и значит выяснить смысл двух названных понятий. Поэтому, когда ставят вопрос: что такое право? то такая постановка должна быть признана неточной; она предполагает один ответ, между тем, в виду двоякого значения слова „право“, и ответ может быть только двоякий: нельзя определить понятие права вообще, а можно только дать определение понятий объективного и субъективного права (курс. наш) и если некоторые юристы, тем не менее, стремятся определить право вообще, то подобные понятия ведут лишь к недоразумениям.

[2]) См. R. v. Jehring, Der Zweck im Recht, I, S. 319; „Die gangbare Definition lautet: Recht ist der Inbegriff der in einem Staat geltenden Zwangsnormen, und sie hat in meinen Augen vollkommen das Richtige getroffen“... „Der Staat die alleinige Quelle des Rechtes ist“... Само государство есть ничто иное, как „die organisation des socialen Zwanges“ (S. 307).

представляющих выражение некоей общей воли[1]). Некоторые пытаются связать объективное право с фактом „признания" его в обществе и т. д.[2]). То же самое происходит и с определением права в субъективном смысле. Одни, придерживаясь традиций, идущих еще от Гегеля, усматривают существо субъективного права в правомочиях или притязаниях на предписаниях объективного права основанных (т. н. волевая теория)[3]), тогда как Иеринг и его школа видит в нем не что иное, как частный интерес, юридически защищенный (т. н. теория интереса)[4]). Одни пытаются сочетать эти две теории компромиссным образом[5]), тогда как другие (Дюги) отказываются от самой проблемы[6]).

Все эти и им подобные определения устанавливаются при посредстве приемов, имеющих по внешнему своему виду характер вполне „объективного", эмпирического „наблюдения" и рассмотрения вполне „реальных" правовых явлений. Лишь исследуя реальные факты, каждый из названных выше юристов приходит к тем или иным относи-

---

[1]) Наиболее последовательно эта точка зрения выражена у Thón'a Rechtsnorm und subjectives Recht, S. 8: „Das gesammte Recht einer Gemeinschaft ist nicht als ein complex von Imperativen"... Принуждение, по мнению названного юриста, не является существенным признаком права (там же, стр. 7). См. также стр. 1, 108: „alles Recht der Gemeinschaft besteht in Imperativen; das objective Recht ist der allgemeine Wille". Защищается исполнение этих императивов государством. „Der Schutz durch staatliche Normen ist lediglich Staatswille" (S. 148).

[2]) Bierling, Juristische Prinzipienlehre, I, S. 19, 43 ff. В русской литературе теорию эту в видоизмененной несколько форме защищал Ф. Ф. Кокошкин, „Юридический Вестник", 1913 г., кн. 1. Его же Лекции по общему государственному праву, 2 изд. 1912 г., стр. 119 и сл.

[3]) Как теории, утверждающие, что субъективное право есть правомочие, так и теории, отождествляющие его с притязанием, имеют ту общую черту, что представляют себе субъективное право как некое лучеиспускание объективной воли. В последнее время, однако, правомочие начинают связывать с моментом действия лиц, к каковой теории уже затруднительно применить термин „волевой". Это относится, в частности, к теориям Ed. Hölder'a и Jul. Binder'a, для которых субъективное право есть „rechtliche Macht" (Binder, Das Problem der juristischen Persönlichkeit, 1907, S. 40), принадлежащая, однако, тому, кто ее осуществляет. Субъективное право для Биндера есть Handelkönnen, Rechtsausübungshandlung (S. 63). Ср. Hölder Natürliche und juristische Personen, 1905, S. 111 ff. В русской литературе точку зрения этих писателей принял А. И. Елистратов, Основные начала административного права, изд. 2, 1917 г. стр. 75 сл.

[4]) „Der Begriff des Rechtes beruht auf der rechtlichen Sicherheit des Genusses, Rechte sind rechtlich geschützte Interessen". R. v. Jhering, Geist des römischen Rechts, III, 1888, S. 339.

[5]) См. G. Jellinek, System der subjectiven öffentlichen Rechte, 1892, S. 42: „Die Willensmacht ist das formale, das Gut oder Interesse das materiale Element im subjectiven Rechte".

[6]) См. выше, I, § 5.

тельно объективного и субъективного права выводам [1]). При этом, однако, они расходятся между собою не только в определениях объективного и субъективного права, но также и в вопросах об установлении приоритета того или другого из упомянутых понятий. Решая этот вопрос по принципу не системы, а генезиса, одни из писателей утверждают приоритет объективного права, так как лишь на почве последнего могут возникать правомочия и притязания, которые считаются ими за субъективное право. Другие,—те, что отождествляют субъективное право с правоотношениями, настаивают на другом. Сущность права,—писал Иеринг,—т. е. то, что может быть обозначено как его задача, цель, содержание, заключается в осуществлении (Verwirklichung), предположением которого является, однако, сила. Без нея правовые мысли, идеи, взгляды не могли-бы стать правовыми положениями, нормами [2]). В основе объективного права лежит интерес: необходимость обезпечить выгоду порождает к жизни объективное право. Приоритет принадлежит, следовательно, не объективному, но субъективному праву, т. е. что то же—интересу [3]).

Таковы весьма разнообразные эмпирические формы разрешения основных проблем правоведения. Л. И. Петражицкий квалифицировал все эти теории, как лишенные адэкватности, что может быть и справедливо по отношению к некоторым из них. Названный ученый не оценил, однако, в должной мере другой стороны всех этих теорий.

В настоящее время становится очевидным, что не в самых наблюдениях над „правовыми явлениями“ и не в способах „обобщения“ полу-

[1]) В особенно резкой форме это стремление к слиянию юридических понятий с реальными фактами проявилось в цитированной выше монографии Биндера, которая пестрит выражениями вроде „juristiche Realität“ и т. п. (см. стр. 41).

[2]) Der Geist des römischen Rechts, III, 329. Иеринг вышучивает определение права как полномочия. „Was ist Recht?“ „Befugniss zu handeln u. s. w“. Da bekommt man den Päpierthaler statt des Silberthalers. Was ist Befugniss? „Recht zu handeln“.—Da erhält man den Silberthaler wieder zurück—es sind Definitionen, bei denen man bloss die Ausdrücke, nicht die Begriffe in andere umsetzt“ (op. cit., S. 327, Anm.).

См. также Дернбург, Пандекты, I, § 39: „получить понятие о правопорядке можно было только постепенно, путем абстракции, благодаря наблюдению (курс. наш) над наличными субъективными правами. Поэтому совершенно не согласен с историей и неправилен взгляд, по которому права в субъективном смысле являются лишь выводом из прав в объективном смысле. Правопорядок гарантирует и переделывает по своему права в субъективном смысле, но вовсе не является их творцом“.

[3]) Допускаемое в данном вопросе смещение методологических начал уже было отмечено в литературе Г. Иеллинеком: „Es is nichts als eine Verwechselung von Factum und Recht, wenn man das subjective Recht als das Primäre erfasst, das die Norm seiner Geltung und Beurtheilung erst aus sich erzeugt. Es ist historisch möglich, dass durch das subjective Recth das Dasein der es erzeugenden und beherrschenden Norm erst zum Bewusstsein kommt, aber als logisches Prius der Rechtsordnung ist das von ihr Verordnete nicht denkbar“. System, S. 8. О том, насколько, однако, безусловен логический prius объективного права, речь будет у нас ниже.

ченного материала коренится все значение проблемы права. Не этим определяются и основные линии расхождения среди представителей нашей науки. Как-бы энергично ни выдвигал, напр., Иеринг свои генетического характера доводы в пользу „теории интереса", всякому в настоящее время должно быть ясно, что не в фактической достоверности заключено все значение доктрины знаменитого немецкого юриста. То же надлежит заметить об учении Савиньи и Пухта, о философии права Гегеля и вообще о всяком учении, дававшем течению человеческой мысли в области права новое направление. Сказанное относится в равной мере и к новейшим учениям Петражицкого и Дюги, значение которых, при всей „адэкватности" психологического учения первого и социальной теории второго, заключено опять-таки не в степени „объективной" их достоверности.

Важность теорий, порожденных философией Гегеля, заключается, на самом деле, вовсе не в том, что они с каузальной точки зрения правильно квалифицируют „объективное право" в качестве причины, а „право субъективное" в качестве следствия, устанавливая, таким образом, приоритет первого перед вторым. Как суждение, выражающее причинную связанность, положение это не имеет никакой цены. Важно другое,—то, что теории эти провозглашают определенный априорный принцип долженствования, согласно которому субъективное право, т. е. положение лица в обществе, должно быть таким, камим оно является в силу особенностей данного, „объективного", т. е. государственного порядка, по известным „диалектическим" или иным законам сложившегося. Объективный порядок, объективное право, и представляется соответственно всепокоряющей „волей", а субъективное—полномочием или притязанием, на основе ее возникающим.

То же нужно сказать и о позитивно-исторической по внешности теории Иеринга. Ее значение состоит опять-таки не в чем ином, как в априорном установлении определенного принципа долженствования. Но принцип этот состоял уже не в подчинении всего индивидуильного объективной воле, а наоборот, в служении объективного (государственного) порядка частному интересу, защите последнего. Защищавшаяся Иерингом идея приоритета субъективного права перед объективным означала не что иное, как первенство частного интереса перед всеми другими началами, которыми мог руководствоваться законодатель.

Если мы, наконец, обратимся к рассмотренным уже нами выше психологической теории о праве Петражицкого и к учению о социальной норме Дюги, то увидим, что и их значение состоит именно в выдвигаемых ими принципах долженствования. Принятие определенного вида „эмоции" за право может знаменовать наступление эпохи, дающей оправдание всякому поведению, коль скоро оно

порождается известным кругом переживаний. Принятие за право фактов взаимной зависимости, „социальной солидарности", знаменует также значительное расширение круга фактического, квалифицируемого в качестве правового. Всякий, по законам цели созданный, социальный порядок, всякое выражение его в конкретном случае, всякая „субъективно-юридическая ситуация", есть право. Не оправдывается ли таким образом каждое господство, фактически в тот или иной момент социальной жизни кем-либо достигнутое?

Словом, как-бы энергично не проводить в юриспруденции позитивные методы, всякий ответ на вопрос о праве остается при всяких условиях связанным не с констатированием каких-либо фактов, но с их оправданием, ибо не к существованию, но к долженствованию относится право при всяком его понимании, сколь-бы „позитивным" или „эмпирическим" оно ни казалось. Если же правовой позитивизм первоначально ограничивал объект своего изучения „объективным" и „субъективным" „правом", понимаемым в смысле совокупности известных эмпирических фактов, а в новейшее время он стал относить к праву всякий факт—ad libitum человека или социальной группы выбранный, то именно в изменении априорных принципов долженствования, а не в чем ином, заключена причина этой эволюции правовых учений в сторону „адэкватности".

Конечно, право не есть то, что принято понимать под объективным или субъективным правом. Право есть, как было сказано, метод рассмотрения явлений общественной жизни по началу конечной цели. Но и при этом понимании права проблемы права в объективном и субъективном смысле не теряют своей остроты. С этими проблемами никогда не может расстаться юриспруденция. Она должна, однако, формулировать их несколько иначе, чем то делали писатели, смотревшие на субъективное и объективное право, как на явления фактического порядка, нуждающиеся лишь в том, чтобы юристы нашли, наконец, отличительные их признаки.

Проблема объективного права есть проблема оценки по началу конечной цели общественного порядка.

Проблема права в субъективном смысле есть проблема определения по тому же началу положения лица в обществе, т. е. общего определения его полномочий и обязанностей в отношении к другим людям. Это есть вместе с тем проблема юридического отношения.

Иначе, как путем решения этих проблем, мы не можем применить на деле метод рассмотрения по началу конечной цели к фактам общественности. Рассмотрение общественной жизни по началу конечной цели предполагает установление нашей точки зрения на существующий в обществе поря-

док и изыскание основной формулы, определяющей взаимные полномочия и обязанности людей [1]).

Дальнейшее развитие целевой точки зрения уже целиком опирается на ответы, полученные при исследовании проблем объективного и субъективного права. Проблемы эти суть, следовательно, основные в науке права.

Таково применение метода исследования общественной жизни по началу конечной цели.

§ 3.

Понятие об объективном праве.

Из всех новейших реалистических теорий, направленных на определение понятий права, наибольшее методологическое значение имеет, несомненно, плюралистическое учение Б. А. Кистяковского. Названный автор, констатируя, что существует не одно, а несколько научных понятий права, принимает каждое из этих отдельных определений, откладывая на будущее выполнение задачи синтетического объединения их в одно, исчерпывающее, определение [2]).

В этой теории последовательнее, чем в какой-либо другой, проявляется стремление проникнуть в реальное существо правового явления, познать „реальность объективного права". Но, обращаясь к нахождению признаков, знаменующих собою реальное существо права, Кистяковский совершенно справедливо убеждается в том, что признаки эти не могут быть выяснены из односторонне организованного опыта. Желая избежать такой односторонности, г. Кистяковский обещает „проанализировать юридическую литературу по крайней мере за последние пятьдесят лет, хотя-бы в ее главных течениях". Эту работу он откладывает, однако, на будущее, ограничиваясь пока указанием уже известных нам [3]) четырех, приобревших в науке право гражданства, теоретических понятий о праве. Реальность права обнаруживается, действительно, в присущих ему, прежде всего, государст-

[1]) По мнению Штаммлера, тремя главными вопросами общей теории права являются: 1) вопрос о понятии права; 2) о допустимости правового принуждения и 3) о справедливом содержании какого-либо права. При этом он считает, что „ответ на три названных вопроса следует давать в отдельности для каждого". См. его Сущность и задачи права, стр. 28. Нельзя, однако, не заметить, что согласно исходным точкам социальной философии самого названного автора, вопрос о понятии права есть вопрос о методе, „отдельно" от которого не может быть решаем ни один вопрос общей теории права. Вопрос о допустимости принуждения составляет проблему объективного права, а вопрос о справедливом содержании права—проблему субъективного права, каковые пробдемы опять-таки нераздельно связаны одна с другою.

[2]) Социальные науки и право, стр. 320 и сл., 326 и сл.

[3]) См, выше „реализм в юриспруденции", § 4.

венно-организационных функциях. Отсюда—„государственно-организационное“ понятие права. Оно обнаруживается, далее, в тех функциях, которые мы устанавливаем, изучая право в составе общественных отношений. Отсюда—„социологическое понятие о праве“. Реальное действие права обнаруживается, затем, и в области нашей индивидуальной психики, будучи рассматриваемо, следовательно, особо с этой стороны, отсюда „психологическое“ понятие права. Обнаруживается, наконец, реальное действие права в совокупности наших понятий о должном. Отсюда—„нормативное“ о праве понятие. На-ряду с этими, теоретическими, понятиями Кистяковский отмечает возможность различного рода „технических или практических понятий права“, могущих обозначить собою новые стороны правовой реальности [1]). В составе технических Кистяковский считает необходимым особо выделить два понятия: одно—юридико-догматическое, другое-юридико-политическое. С точки зрения юридической догматики право есть совокупность правил, указывающих, как находить в действующих правовых нормах решения для всех возникающих случаев столкновения интересов или столкновения представлений о праве и неправе [2]). „С точки зрения правовой политики право есть совокупность правил, помогающих находить и устанавливать нормы для удовлетворения вновь возникающих потребностей или осуществления новых представлений о праве и неправе“ [3]).

Реалистическое учение о праве должно было придти к плюрализму, ибо только таким путем оно в состоянии избежать эмпирической односторонности, являющейся неминуемым следствием обстановки и особенностей каждого отдельного индивидуального опыта. В этом смысле плюрализм является быть может последним словом реалистической доктрины, выражая собою последнее напряжение мысли, направленной на определение реальности того, что не дано нашему восприятию в целом заранее, во всей полноте.

Но то же учение вместе с тем наиболее ярким образом ставит самое проблему о существе объективного права. Для него проблема объективного права есть проблема бытия, проблема реальности и ничего сверх того. Для него проблема права есть, другими словами, проблема факта. Даже нормативное понятие о праве рассматривается этим учением как такое, которое должно выразить собою определение реальности права, хотя идеологический характер последнего понятия и создает в головах некоторых исследователей иное о нем представление. Словом, Кистяковскому более, чем кому-нибудь другому в философскоправовой литературе новейшего времени, удалась реалистическая постановка

[1]) Op. cit., стр. 324.
[2]) U. s.
[3]) Ibid., стр. 325.

проблемы права, в полной мере обнаруживающая вместе с тем конечную цель всей реалистической доктрины.

Отнюдь не в „реальности" заключается, однако, на самом деле проблема объективного права.

Разумеется, действующие правила поведения—„императивы"—имеют вполне реальный характер. Если их рассматривать по началу причинной зависимости, то можно выяснить психические и социальные особенности тех сил (авторитетов), от которых они исходят, экономическое, психическое и всякое иное воздействие их на отдельных лиц и общественные группы, условия развития и изменения этих правил и т. п. Изучая правила поведения с точки зрения внешней их, грамматической формы, можно придти к заключению, что они суть императивы, веления. Но все это составляет сферу действия фактов, а отнюдь не права.

Несомненно, с другой стороны, что все эти факты подчинения одного человека другому, принуждения людей к известному поведению имеют ближайшую связь с правовой идеей. Вне указанных фактов нет во всяком случае места для правовой идеи, почему смешение их с правом и было столь обычным в юридической науке явлением. Только потому и именно потому, что в человеческом общении существует регулирование отношений и принуждение, возникает вопрос о праве, о подчинении человеческого поведения идее конечной цели. Возможность для каждого вести себя совершенно свободно и независимо от других людей, изъять свое поведение из под регулирующей, принудительной власти другого, устраняет, без всякого сомнения, всякие споры о праве. При этом совершенно безразлично, будут ли человеческие действия рассматриваться подчиненными действию „законов природы", или перед ними предстанет общество „ангелов", в виде, например, Штаммлеровского общения „свободно волящих" людей. Коль скоро исчезнет необходимость в регулировании—потому ли, что люди будут решать все возникающие в общении их вопросы свободным произволением воли или потому, что вопросы эти станут получать окончательное решение в зависимости от действия одних лишь законов природы, столь прославляемого анархистами типа Крапоткина и Бакунина,—коль скоро, словом, принудительное регулирование отношений не будет нами рассматриваться как essentiale человеческого общества, то ни о каком праве не может быть речи. Все в человеческом общении определялось бы тогда либо „свободным волением", либо „железной необходимостью".

Однако, внеправовое общество, предполагающее отказ от всякого целеполагания, подчинение человеческого поведения одним законам причинности, содержит в основе своей отрицание самой идеи человеческого идеала и потому, поскольку соответствующие учения выдвигают внеправовое общение как идеал для будущего, оно содержит в

себе коренное внутреннее противоречие. Разве, на самом деле, нет противоречия в утверждении идеала, зовущего к отказу от человеческого воления, от всякого целеполагания, если самый идеал есть не что иное как целеполагание? Даже в том случае, если идеал заключается в „неделании", в слепом подчинении окружающим фактам, но в той мере, в какой речь идет об идеале, о наилучшем, это подчинение нуждается, логически предполагает, свое утверждение, что, в применении к массовому поведению, означает регулирование. Мы имеем, таким образом, явно противоречивую формулу: „утверждения отказа от утверждения", „утверждение неутверждения" [1]).

Итак, о праве может идти речь лишь в той мере, в какой имеется на-лицо факт организованного принуждения человека человеком к известному поведению.

Отсюда не следует, однако, что существующий в обществе организованный порядок есть сама конечная цель, само право, как это принято думать в новейшей доктрине. Реальное существование правил поведения есть не сама конечная цель, не само право, но лишь его условие, условие применения нашей оценки общественной жизни по началу конечной цели. Мы видели, что не в фактах, т. е. не в правилах, не в принуждении, нужно искать сущность права, а единственно лишь в методе восприятия. Правила, их принудительные свойства, участие в их осуществлении государственной власти,— словом, все, что традиционно принято считать объективным правом, есть лишь повод для его возникновения, не само мышление по началу конечной цели, но лишь его предмет.

Все столь обычные в нашей литературе о принудительности правовых норм утверждения должны быть отнесены не к праву, но к его предмету, к правилам поведения, как фактам [2]). В составе объ-

---

[1]) В отличие от анархических идей, Штаммлеровское „общение свободно волящих" не содержит в основе своей никакого противоречия. Штаммлер требует особого рода целеполагания, состоящего в особенности принимать за свои объективно правомерные цели другого, но целеполагание это конструируется как формальный метод, а не как утопический идеал. Оно не исключает принудительного регулирования, но, наоборот, его предполагает. „В выясненном здесь понятии социальный идеал есть отнюдь не утопия, не представляет вообще искомого „идеального состояния права", но есть формальный метод для суждения над эмпирически накопленным материалом исторического права" (Сущность и задача, стр. 78).

[2]) Штаммлер (Theorie, S. 101 ff., Хозяйство и право, 1, 134 и сл.: Теория анархизма, стр. 39) не производит такого разграничения применительно к определению объективного права, в силу чего, несмотря на его подчеркивания методического характера своих определений, суждения названного философа права моментами сливаются с господствующими учениями. Так, когда Штаммлер говорит о правовой норме, как „абсолютном повелении", а о конвенциональном правиле как об условном „предложении", то правовое с фактическим представляется здесь совершенно смешанным. От этого сме-

ективного права нужно таким образом, различать фактическое и правовое, — правила поведения со всеми их психическими, социальными и другими свойствами от принятия их нашим конечно-целевым воззрением. При этом определении момент фактического состава дается эмпирическим путем, тогда как правовой происходит a priori.

Исходя, при определении понятия объективного права, из предложенной точки зрения, мы приходим к утверждению, что совокупность правил поведения, обладающих определенными свойствами („принудительности", „гарантированности", „защищенности", „общепризнанности" и т. д.) еще не составляет объективного права, ибо в такой совокупности имеются на-лицо пока одни лишь факты. Не совокупность норм, не существующий порядок, но оправданная по началу конечной цели совокупность правил, оправданный, принятый по конечно-целевому принципу порядок образует объективное право.

Это оправдание, принятие, ни коим образом не должно быть, однако, смешиваемо с общественным признанием, провозглашением, индивидуальным („эмоционально-интеллектуальным", „императивно-аттрибутивным") переживанием и т. п. психологическими и социально-психологическими утверждениями в духе Бирлинга, Кокошкина или Петражицкого. Оно не должно быть, равным образом, отождествляемо с естественно-правовыми, договорными теориями. Акт оправдания (принятия) есть акт не психологического, не социального, не исторического и вообще не фактического свойства. Акт этот-целиком формально-логический. В качестве такого он не может мыслиться

шения автора не достаточно предохраняют и его предварительные замечания, что право не есть „какой-то особый предмет", что речь идет лишь о формальных особенностях (Хозяйство и право, т. I, стр. 134—135), ибо такие свойства как абсолютность и условность, Selbstherrlichkeit и т. п. далеко не являются особенностями чисто формальными. Срв. Theorie, S. 104, Хозяйство и право, II, стр, 206 и сл.. Нам думается, что в составе понятия объективного права должно быть проведено строжайшее разграничение моментов правового и фактического свойства, ибо, в противном случае, достигнутое формально-методологическое разграничение понятий права и факта может тотчас же на понятии объективного права сгладиться. Это и произошло с учением Штаммлера, который, вопреки исходным идейным основам формально-методологической теории, объективное право настолько сливает с фактом (Хозяйство и право, т. II, стр. 164 и сл.), что неожиданно в опыте (!) ищет разграничения между правом и произволом. Вследствие этого, однако, Штаммлеру, чтобы выдержать формально-методологическую доктрину, приходится ставить проблему о „праве права". Не оставив во время места для разграничения в составе объективного права моментов правового и фактического, Штаммлер оказался, как видим, вынужденным пристраивать в своей теории особый этаж, специально предназначенный для помещения в нем чистого, лишенного всякой фактической примеси, права. От этого теория его стала более громоздкой, но едва ли более убедительной.

в причинной обусловленности, а является объективно-обязательным при всяких условиях пространства и времени, как метод, как a priori опыта.

Итак, говоря об объективном праве, мы не констатируем факты, но их оправдываем. Принимая во внимание сказанное выше о методе построения правовых понятий, нельзя не отметить, что в данном случае мы и имеем при определении понятия акт, содержащий в себе, наряду с объединением, подчинение априорной правовой идее, дающее оправдание известному кругу фактов [1]).

Действие каждой отдельной нормы и всех их в совокупности может определяться какими угодно причинами социального или психологического свойства. Но это—действие фактов, поскольку оно рассматривается в причинной зависимости. О действии права речь может идти лишь тогда, когда нами оставлена точка зрения причинной зависимости и принято начало целевой связанности. При этом восприятие различных правил поведения, подчинение им, может в каждом отдельном случае происходить по тем или иным разнообразным обстоятельствам, подпадающим под действие закона причинности. В такой плоскости то или другое „право“ становится объектом исследований со стороны экономиста, историка, психолога или социолога, каковые исследования могут и не терять в своем значении от недостаточно строгого разграничения понятий права и факта. Когда, однако, о праве говорит юрист, то от него необходимо требовать вполне точного разграничения этих понятий, ибо всякая в указанном отношении неточность приводит к извращению задач юриспруденции, к преклонению должного перед сущим. Нельзя, в самом деле, не заметить, насколько огромно различие между „правом“, за которое принята совокупность представляющихся нам фактитески в обществе действующими правил и правом составившимся из того же эмпирического материала, но подвергнутого освещению с конечно-целевой точки зрения. В первом случае мы будем иметь возведенное в принцип подчинение фактам, во втором-действительное принятие известных начал за должное.

Вопрос о том, к каким выводам может привести нас метод исследования по началу конечной цели относительно того или иного конкретного порядка, решается в действительности каждым отдельным эмпирическим правовым сознанием, т. е. сознанием, подчиненным конечно-целевому началу. Несомненно, однако, что далеко не каждый конкретный порядок может получить от нашего правового сознания свое оправдание, стать объективным правом. Режим, построенный на рабстве, мы не в состоянии в настоящее время признать за объек-

---

[1]) См. выше, § 1.

тивное право в той же, впрочем, мере, в какой и квалифицируемый Петражицким в качестве яко-бы правового порядок, устанавливаемый для детских игр, или—в отношении к животным, „лешим" или „ведьмам", а также господствующий в разбойничьих притонах и т. п. Прежде, чем признать тот или другой порядок правовым, необходимо согласовать его с нашей идеей конечной цели, т. е. подчинить закону необходимого согласования наших мыслей о существующем. Не поддаются, однако, таковому согласованию ни порядок, построенный на рабстве, ни отношение по поводу игры, ни переживание какого-нибудь кошмара с лицезрением напр. лешего или, хотя-бы, ведьмы, ни вступление в разбойничью шайку [1]).

Поэтому, в случае ссылки на объективное право следует предполагать наличность могущей быть доказанной закономерности известной совокупности эмпирических целей. В случае же ссылки на положительное объективное право надлежит предполагать эту закономерность, согласованность в составе целей, выраженных в нормах, действующих в тот или иной момент в том или ином государстве. Каждая отдельная правовая норма обращается с этой точки зрения из веления, императива, как ее квалифицируют господствующие

[1]) Если, однако, за право считать нормы сами по себе,—как факты, то „детское" или „разбойничье" право является, несомненно, в той же мере „позитивным", в какой и право государственное или международное. Наша точка зрения на объективное право, взгляд на него как на оправданный по началу конечной цели порядок не позволяет, как видим, счесть каждый порядок за правовой.

„Социальный идеал" Р. Штаммлера, его „Gemeinschaft freiwollender Menschen" и представляет не что иное как методическую формулу, долженствующую выразить эту конечную цель. См. Хозяйство и право, 11, 248 и сл., Die Lehre von dem richtigen Rechte, S. 198.

Для Штаммлера эта формула определяет, однако, существо не правовой идеи вообще, но только и исключительно существо идеи права правильного. Не можем не заметить, что с нашей точки зрения допущение неправильности права есть contradictio in adjecto. Это чувствует, повидимому, и сам Штаммлер, когда он пишет „alles gesetzte Recht ist ein Versuch, richtiges Recht zu sein". См. Die Lehre, s. 31. Но это утверждение содержит все себе предположения: либо субъективности и условности правовой идеи, которая не сумела в лице того или другого законного права приобрести объективно-обязательный с методической точки зрения характер, оставшись лишь одним из опытов в этом направлении,—либо же предположение того, что идея „правильного права" является ничем иным как субъективно обусловленной оценкой того или другого права. Штаммлер имеет, однако, ввиду одновременное существование двух объективно общезначимых идей (во-первых,—идеи права вообще, во вторых—идеи правильного права), что представляет собою, разумеется, с логической точки зрения nonsens. Иногда, впрочем, Штаммлер избегает этого противоречия: как уже было нами упомянуто, он склонен подчас считать право явлением из области фактического (см. Хозяйство и право, II, стр. 161 и сл., Срв. с этим Theorie, S. 68 ff.). Нельзя по этому поводу не заметить, что с точки зрения строгой согласованности высказываемых мнений Штаммлер далеко не всегда безупречен. Этим он ставит часто в затруднение самого внимательного своего читателя. См. по данному поводу замечания Макса Вебера в Archiv für Socialwissenschaft und Socialpolitik, 1907, 24, S. 150 et pass.

учения, в суждение о правомерности известного состояния[1]). Присущая правовой норме императивность внешней формы, является необходимым последствием известных фактов, выражая собою действительно веления властвующих, но это все вопросы факта, но не права.

Итак, коль скоро мы говорим о праве, мы должны принять категорию права объективного, т. е. оправдать тот или иной „положительный" либо „естественный" порядок, ибо вне принятия какого-либо порядка право безпредметно[2]). Оправдывая, мы прилагаем оценку по началу конечной цели, благодаря чему противоположение положительного и естественного права теряет свою остроту. С точки зрения конечно-целевой существует лишь одно право, которое является правильным уже по одному тому, что оно право[3]). Не совокупность „велений", исходящих из того или другого законодателя, как и не совокупность норм из области тех, что заносят в идеальные кодексы, но совокупность оправдываемых данным эмпиричеким сознанием по началу целевой закономерности норм — с полной за это оправдание ответственностью, вот что является и дожно приниматься за объективное право. Лишь порядок, определенным образом обоснованный (прежде его неточно могли-бы называть просто разумным) есть порядок правовой. Правовым порядком, объективным правом остается только он, хотя-бы на практике нас и принуждали к чему-либо другому, — независимо при том от всякого формально-методологического обоснования.

---

[1]) См. об этом Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft, S. 311. Его учение о правовой норме, как суждении, надлежит, однако, отличать от учения Zitelmann'a, Irrtum und Rechtsgeschäft 1879, 222 ff., видевшего в нормах лишь проявления естественных законов и поэтому принимавшего нормы за суждения. См. об этом Bierling, Zur Kritik, II., 259 ff., Д. Д. Гримм. Основы учения о юридической сделке, т. I, 1900 г., стр. 18 сл. Об отношении грамматической и логической форм суждения см. замечания Х. Зигварта, Логика, русск. пер., т. 1, 1908 г., стр. 425—427.

[2]) Мы не можем и здесь последовать за Штаммлером. Его поиски за специальным обоснованием правового принуждения (Хозяйство и право, II, стр. 217, 222 и сл. Сущность и задачи, стр. 69 сл.) представляются нам безплодными. Принуждение представляется нам обоснованным уже самыми нашими поисками существа права, ибо этим мы проявляем не что иное, как желание принять определенную систему принуждения. Проблема заключается, таким образом, в обосновании права, но не правового принуждения. На этом мы должны будем подробнее остановиться, впрочем, в дальнейшем изложении.

[3]) Ср. E. Jung, Das Problem des natürlichen Rechts, 1912. S. 100, ff. Его-же „Positives" Recht в Festschrift für die juristische Fakultät in Giessen, 1907, S. 471 ff. Юнг, как и цитированный прежде Эрлих, полагают решить проблему методами позитивизма. Ср. также Lucas, Zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers в Festgabe für Paul Laband, I., 1907, S. 397 ff.

Вопрос о том, каким образом создается оправдываемый, правовым методом обоснованный, порядок, выходит за пределы той общетеоретической проблемы, которая стоит перед нами в данный момент. Не можем, однако, не сослаться пока на то, что указанная проблема о формах обоснования порядка, образования синтеза „положительного права" с „правом естественным", уже стоит перед юридической наукой и разрабатывается в литературе, посвященной вопросу о т. н. „толковании законов" [1]). Тем настоятельнее представляется нам пересмотр и углубление традиционных решений проблемы объективного права.

Таково значение для общей теории права идеи порядка. Но, как сейчас увидим, основная проблема о праве ею одной далеко еще не исчерпывается.

§ 4.

Понятие субъективного права.

С задачей оправдания того или другого порядка теснейшим образом связана другая задача мышления по началу конечной цели. Необходимо установить те целевые основания, которые определяли-бы отношение каждой отдельной личности к оправданному порядку. В этом и заключена проблема права субъективного.

При такой постановке проблемы субъективного права старый спор о приоритете, который велся между объективным и субъективным правом, разрешается априорным образом; совершенно несомненно, что оправданию того или иного порядка должно логически предшествовать определение тех или иных основ, на которых он должен зиждиться. Тем самым однако, заранее разрешается вопрос о приоритете в пользу права субъективного, независимо от того, как будет определено его содержание [2]). Отсюда разумеется, не следует, что

---

[1]) Обзор теорий, относящихся к этому вопросу, см. в книге А. В. Завадского, К учению о толковании гражданских законов, 1916 г.

[2]) Нельзя при этом не заметить, что логическое первенство субъективного права, в сущности, заключалось и в системах, которые утверждали, наоборот, о его подчиненном положении в отношении к категории объективного права. В самом деле, если объективное право есть ни что иное, как оправданный порядок, а не порядок вообще, что-бы о том не утверждалось теми или другими писателями,—то в основе его не может не лежать то или иное понятие о праве субъективном. И даже те, кто утверждает, что субъективное право есть полномочие, на определенной объективно-правовой норме основанное, имеют (логически) позади себя определение понятия субъективного права. Заключается оно в указании, что все права личности в обществе исчерпываются возможностями, предоставленными е существующим порядком. Отсюда уже вытекает необходимость принять оправдать, всякий порядок, какой-бы в обществе по тем или другим причи-

каждый оправдываемый порядок представляет вместе с тем систему положений, выведенных из принятой формулы субъективного права. Не о каузальном и генетическом, но целевом и систематическом первенстве идет здесь речь. Существующий порядок путем логического подчинения его принятой формуле субъективного права оправдывается, рассматривается как право объективное. В основе каждого правового рассуждения лежит, таким образом, то или другое понятие именно о субъективном праве.

Вследствие этого подчинения нашего понимания норм объективного права основной формуле, выражающей субъективно-правовую идею, содержание одного и того-же объективно-правового положения может изменяться в зависимости от того, что мы признали за субъективное право. Так, постановления одного и того-же кодекса, относящиеся к праву собственности могут быть трактуемы существенно различно в зависимости от того, примем-ли мы в основу наших правовых воззрений известную формулу Иеринга или станем на точку зрения идей новейшего солидаризма [1]).

Итак, в системе правовых, т. е. конечно-целевых, понятий, понятию о праве в субъективном смысле принадлежит основное значение. Нельзя не заметить, что этим именно предопределяются и задачи юриспруденции, как науки,—положение ее в системе научного знания, ее культурная функция в общей сокровищнице духовного бытия человека.

Та сфера деятельности человеческого духа, которую принято почитать за науку, содержит в основе своих утверждений предположение об относительности всего познаваемого. Наука опери-

---

нам ни возник. При этих условиях, однако, действительно трудно провести разграничение между государством и разбойничьей шайкой. Сколь-бы ни было велико количество явлений того или другого рода, подпадающих под наше „обозрение", мы найдем все-же у них больше общих, нежели отличительных признаков, коль скоро примем, что essentiale государственного порядка есть фактическое его существование. Реалистическое на объективное право воззрение не может не привести к этим по истине убийственным для права выводам. Если эти выводы заранее предусматриваются, то перед нами,—что-бы о ней ни говорить—законченная доктрина. Если-же такое воззрение покоится на убеждении в необходимости построения „положительной" науки о праве, то перед нами не что иное, как путаница понятий, методологический синкретизм. Подробности см. выше: I, „Реализм в юриспруденции".

[1]) Это возможно опят-таки лишь в силу того, что объективное право не простая совокупность „велений", смысл которых, очевидно, не мог-бы изменяться указанным в тексте образом, но совокупность правовых суждений, не порядок вообще, но оправданный определенным образом порядок.

Идею приоритета субъективного права в новейшей русской литературе защищает Б. А. Кистяковский. Социальные науки и право, стр. 346. Автор исходит при этом, однако, из совершенно иных соображений. Развивая в данном случае положения, высказанные еще Иерингом, г. Кистяковский рассматривает субъективное право, как „воплощение права в правовых оиношениях" (ук. соч., стр. 347).

рует методом, покоющемся на утверждении универсального действия закона причинности. Предположение относительности распространяется на все, что служит предметом каузального исследования: животное или человек, „материя“ или „дух“—все в равной мере рассматривается как слепая материя, в его стихийной закономерности. Правда, все добытые по такому началу положения должны быть затем приводимы в систематическое между собой соответствие, для чего должен быть избран известный принцип, который устанавливается уже иным образом [1]). Принцип этот всегда носит на себе печать не причинного, но целевого предпочтения одного круга явлений другим, содержит, следовательно, отрицание отмеченной выше идеи относительности, всеобщей каузальной связанности. Более того, каждому научному положению, содержащему в себе утверждение или отрицание причинной связанности, предшествует установление главной систематической идеи (или главных систематических идей), которая в значительной мере заранее предопределяет содержание тех или иных научных „истин“. Таково значение в науке метода, „школы“, господствующего в ней „мировоззрения“ и т. п. ...Мы не намерены, однако, исследовать здесь противоречия, содержащиеся в традиционных (со времени О. Конта) воззрениях на задачи научного знания. Нам важно здесь лишь отметить установившееся в науке воззрение, покоющееся на предположении относительности всего существующего, на универсальность действия закона причинной связанности [2]).

Если наука действительно может покоиться лишь на указанных сейчас предположениях, то „наука о праве“ не может и не должна быть наукою. В основе юриспруденции не должно и не может лежать предположение относительности, всеобщей каузальной связанности. Принятие этого предположения, означая слияние сущего с должным, знаменовало бы отказ от права. Иная, прямо противоположная идея должна лежать в основе права. Подлежащий исследованию с правовой точки зрения мир не может представляться в виде совокупности соотносительных объектов. Наряду с объектом право должно принять и субъекта, ибо в противном случае целевое воззрение проведено быть не может. Рассмотрение человеческого поведения по началу конечной цели, в противоположность рассмотрению его по принципу причинной связанности, предполагает, иными словами, строжайшее расчленение категории субъекта и объекта. Предметы мышления по началу каузальности суть все одинаково объекты; субъектом с этой точки зрения является

[1]) См. выше, I, стр. 42—43.

[2]) При этом, когда задают себе вопрос, является-ли философия наукою, то, в сущности, спрашивают себя о том, должно ли наше мировоззрение быть „научным“, т. е. построенным на принципе каузальной связанности. Очень характерны в этом отношении рассуждения Н. О. Лосского, Введение в философию, 2 изд., 1918 г., гл. I и сл.

лишь мыслящее лицо. Предметы мышления по принципу конечной цели имеют, наоборот, двоякий характер: на-ряду с объектами там существуют субъекты. Мыслящее лицо, в отличие от каузального восприятия, является здесь лишь одним из субъектов,—субъектом, следовательно, далеко не единственным.

Отличие правового воззрения от того, которое ныне принято называть „научным", как видим, огромно. Мир как система средств, служащих или имеющих служить тем единственному, кто его так мыслит [1]), и мир, как система целей, стоящих перед каждым субъектом,—такова антитеза этих мировоззрений. Простым комплексом действия тех или иных сил, приводящих в конце концов к тому или другому, более или менее желательному для мыслящего субъекта результату, является, соответственно, человеческое общество согласно „научному" на него воззрению. Только при таком об обществе представлении можно говорить о подчинении его действию различного рода стихийных закономерностей. Но то, что для „науки" есть не более, как атом, простая механического порядка сила, клетка или ткань в едином общественном организме, превращается в субъекта воззрением правовым. Человек не может быть сочтенным правом за простое средство, за объект тех или других экспериментов. Признание его субъектом, мыслящим, целеполагающим, свободным—есть conditio sine qua non для мировоззрения правового. Соотносительные между собою по законам причинности объекты суть не более как кусочки мертвой материи, способные подчиняться законам стихии, но не могущие творить правое и неправое.

Таково различие двух указанных мировоззрений. Такова „особенность" науки права (и морали) по сравнению со всякой другой наукой вообще. Особенности эти делают, по-видимому, правовое мировоззрение совершенно непримиримым с мировоззрением, представляемым положительной наукою. Право и наука должны как-будто находиться друг с другом в непримиримой вражде. На самом деле, однако, это далеко не так. Между указанными великими сферами человеческого духа нет, не может и не должно быть отношений, в силу которых они-бы взаимно исключали одна другую. Наука и право не только не исключают, но, наоборот, предполагают совместное существование, взаимную деятельность. О праве речь может идти, как было уже сказано выше, лишь в том случае, если установлено действие извест-

[1]) Вышедший из школы Гегеля Макс Штирнер (Каспар Шмидт) является, кажется, лишь наиболее последовательным выразителем этого мировоззрения. См. о Штирнере прекрасную работу И. А. Ильина: Идея личности в учении Штирнера, „Вопросы философии и психологии", 1911, кн. 106. См. также Н. Н. Алексеев Науки общественные и естественные в историч. взаимоотношении их методов, ч. 1, 1912 г. стр. 176 сл.

ных, необходимых законов причинности в общественной жизни людей. Лишь установив причинную закономерность принуждения человека человеком к известному поведению, мы можем спрашивать себя о закономерности цели в отношении к этим фактам. С другой стороны, на установлении причинной закономерности в той или иной сфере явлений не может остановиться человеческое мышление. Оно не может не взойти на следующую, высшую, ступень,—ступень критики, систематизации, не может, другими словами, разрешив вопрос о причине, не поставить вопроса о цели. Для этого, однако, необходима особого рода мыслительная деятельность, каковая при том ни коим образом не может ограничиться простым расширением значения предположения об относительности всего совершающегося, имеющего быть лишь весьма узким, практическим, предположением, до степени принципа, принимаемого в основу всей системы мировоззрения.

Итак, основная особенность мышления по началу конечной цели, правового мышления, состоит в противоположении субъекта и объекта в ряду предметов мышления. Отсюда—то огромное значение, которое принадлежит в юриспруденции понятию о субъекте.

Несмотря на всю важность этого понятия, оно является совершенно не выясненным в современной юридической литературе. Более того, вопрос о субъекте должен быть признан одним из самых запутанных в нашей науке, которая, впрочем, стоя на строго позитивной почве, до последнего времени не владела орудием, необходимым для разрешения этой основной правовой проблемы.

У основателя новейшей юриспруденции Ф. К. фон-Савиньи постановка проблемы субъекта имела двойственный характер. Он отдавал себе как-будто отчет в априорности этого понятия, когда утверждал о тождественности понятий субъекта права и человека.

„Каждый отдельный человек и только отдельный человек правоспособен"—писал глава исторической школы [1]). Одновременно, однако, тот-же Савиньи находил, что это понятие лица или правового субъекта подвергается со стороны положительного права двоякого рода модификации: ограничительной и распространительной. Отдельные люди могут быть, во-первых, лишены всякой правоспособности. А во-вторых, это качество может быть распространено на нечто другое, кроме людей; таким искусственным образом создаются, по мнению Савиньи, лица юридические [2]).

В такой, некритической, постановке проблема и рассматривалась в юридической литературе со времени Савиньи до наших почти

[1]) F. C. v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, II, § 60, S. 2.
[2]) U. s.

дней. При этом, конечно, у различных писателей заметны разнообразные в ту и другую сторону отклонения.

Одни, вслед за Савиньи, мало задумывались над методологическим значением вопроса, повторяют, ссылаясь на „современное право" или на „современное правосознание", что всякий обладает правоспособностью, что человек есть субъект права, „лицо" [1]). Другие усматривали это качество человека в особенностях его природы [2]). В отличие от последних многие отдавали себе ясный отчет, что качество субъекта права не имеет никакой связи с „природою", но есть качество некоего особого, „правового", порядка [3]).

Отсюда возникала возможность признавать и не человека субъектом права, а человеку подчас отказывать в этом свойстве. При этом проблема все же ставилась так, что найти определение для понятия субъекта права означало вместе с тем найти в пространстве какую-то особую вещь. Такова знаменитая теория Гирке — в особенности. Конституитивным признаком этой особой „вещи" являлось, как всем известно, то „воля", то „интерес", то „сознание", то комбинация „воли" и „интереса" и т. д. Отыскивая субъекта где-то в пространстве, то говорили о фиктивных лицах (Савиньи, Виндшейд), то о дестинаторах, как субъектах права (Иеринг), то создавали в поис-

---

[1]) См. напр. Ad. Merkél, Juristische Enciclopädie § 183—190, Н. М. Коркунова, Лекции по общей теории права, стр. 143 и сл., которому следует Ф. В. Тарановский, Учебник энциклопедии права, стр. 143 и сл. Едва-ли не лучший критический разбор учений о субъекте права принадлежит Д. Д. Гримму. К учению о субъектах прав, „Вестник Права", ноябрь—декабрь 1904 г. Сам автор, как один из наиболее последовательных в юридической литературе позитивистов, стеснен, впрочем, в своих положительных построениях рамками позитивной правовой доктрины.

[2]) „Der Mensch hat schon in seiner leiblichen Erscheinung den Anspruch auf Rechtsfähigkeit auf Persönlichkeit im juristischen Sinne". См. C. F. v. Gerber, System des deutschen Privatrechts, 13 Aufl. 1878 S. 89, § 34. Из новейших писателей в этом же смысле высказывается Ed. Hilder, Natürliche und juristische Personen S. 111 ff.

[3]) Наиболее яркие в этом направлении указания мы встречаем у Otto Mayer'a, G. Jellinek'a, L. Michou. „Das Recht ist die Ordnung von Verhältnissen. Es setzt also eine Mehrzahl von Einheiten voraus, zwischen welchen zu ordnende Verhältnisse entstehen können. Die Einheit, mit welcher das Recht rechnet, ist die Person. Persönlichkeit ist die Fähigkeit in rechtlich geordneten Verhältnissen zu anderen Personen zu stehen" (Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, B. II, 1896 г., S. 366). По замечанию Jellinek'a (System, 26), „Persönlichkeit oder Person ist die Fähigkeit, Träger von Rechten sein zu können, mit einem Worte die Rechtsfähigkeit, sie gehört nicht der Welt der Dinge an sich an, ist überhaupt kein sein, sondern eine Relation von einem Subjekt zu andern und zur Rechtsordung". Как указывает Мишу „pour la science du droit la notion de personne est et doit rester une notion purement juridique. Le mot signifie simplement un sujet de droit, un être capable d'avoir des droits subjectifs lui appartenant en propre,—rien de plus, rien des moins". (L. Michou, La théorie de la personnalité morale et son application au droit françois, I, 1906, p. 7). См. также Ad. Lasson, System der Rechtsphilosophie, 1892 г., S. 440: „Die Qualität der Person ist keine selbstverständliche, sondern wird vom Rechte zuerkannt".

как за реальностью категорию целевых имуществ (Бринц), то утверждали возможность существования „бессубъекных прав" (Виндшейд, Беккер) [1]. В отношении к объективному праву понятие субъекта ставится юридической доктриной по большей части в подчиненное положение: субъект права есть, по господствующим убеждениям, порождение существующего правопорядка [2]. При этом, однако, у огромного большинства писателей оставался невыясненным вопрос о том, является-ли понятие субъекта тождественным с понятием субъективного права и лишь в этой мере подчиненным праву объективному, или субъект права есть не более, как категория объективного права, не более, как придаваемое им тем или иным предметом качество,—правоспособность. В последнее время, впрочем, мы уже встречаем в литературе попытки осветить этот вопрос. Как утверждает Г. Иеллинек, правоспособность есть не что иное как создаваемая объективным правом правовая возможность (Das rechtliche Können); совокупность этих возможностей и порождает личность [3]. Но еще более определенным и последовательным образом высказывается Биндер, по мнению которого субъектом права должен быть признан лишь тот, кого таковым признает объективное право [4]. Правоспособность

---

[1]) Как отмечает Binder (Das Problem der juristischen Persönlichkeit 49) эти поиски за субъектом права, как за некоей вещью, свойственны всем почти популярным теориям. Им отдает дань и Ed. Hölder пытающийся провести различие между лицом (Person), как вещью (Ding), и личностью (Persönlichkeit), как свойством (Eigenschaft) этой вещи. См. Hölder, Natürliche und juristische Personen S. 1, 66. Но нельзя не отметить, что наиболее энергичным образом к вскрытию реального состава правового субъекта стремится Л. И. Петражицкий. При всех его упреках господствующей теории в наивности ее реализма названный ученый сам в него впадает, пытаясь установить „психологическую правоспособность", определить психологическим путем понятие субъекта права. Только при наличности сильнейшего стремления создать адэкватную реалистическую теорию можно придти к утверждению о „божествах, духах усопших, дьяволов, камней", как правовых субъектов. См. его Теорию права, т. II, стр. 388 (прим.), 409 и сл.

[2]) Как общее место, такое указание встречается у большинства новейших авторов. См., напр., Ф. Регельсбергер, Общее учение о праве, стр. 34, Шершеневич, Общая теория права, вып. 3, 1912 г., стр. 574. А. Рождественский, Основы общей теории права, 1912 г., стр. 93.

[3]) System, S. 49: „Das rechtliche Können ist aber identisch mit der Rechtsfähigkeit. Es bezeichnet die einzelnen Richtungen, in denen sie sich bethätigen kann. Die Gesammtheit des Könnens stellt die Persönlichkeit dar".

[4]) См. Binder, op. cit., S. 54. ср. Hölder, op. cit., S. 128; А. И. Елистратов, цит. соч., стр. 75; его же, Понятие о публичном субъективном праве, 1913 г., стр. 15. К этому же направлению склоняется, повидимому, и А. Рождественский (Теория субъективных публичных прав, I, 1913), считающий, что „субъект права тот, кто обладает юридическими качествами правоспособности и дееспособности" (стр. 5). См., впрочем, Елистратов, назв. брошюра, стр. 7 и сл.

для него, поэтому, не более как Rechtsausübungshandlungsfähigkeit [1]). Названный автор тем самым покончил, однако, и со всеми колебаниями, замечаемыми в данном вопросе со времени Савиньи [2]). Из двух возможных методов решения проблемы субъекта—субъект права, как априорное понятие, и субъект права, как категория положительного правопорядка — современная правовая доктрина, по-видимому склона избрать второе решение, решение позитивное. Может-ли быть, однако, признано правильным такое решение проблемы субъекта? Этот вопрос по крайне мере стал теперь перед нашей наукой, что уже является большим шагом вперед по сравнению с прошлым. Совершенно несомненным представляется нам во всяком случае то, что все существо проблемы субъекта заключено именно в методе ее решения.

Итак, проблема субъекта ставится нами следующим образом: является-ли данное понятие априорным для нашего мышления или оно должно быть созданным на почве определений положительного права?

Произведенные выше исследования, несомненно, предрешают наш ответ на поставленный сейчас вопрос. Понятие о субъекте предшествует всякому правовому понятию, ибо, во первых, без субъекта не мыслимо право, а во вторых, без мысли о праве нет положительного правопорядка.

Мысля о праве кого-либо на-что либо, мы тем самым уже мыслим о цели и средстве, или, что то же, о субъекте и объекте. Мысль о праве есть метод оценки общественной жизни по логическому закону необходимого согласования наших идей между собою, иначе, — по началу конечной цели. Но метод этот заранее предполагает различие целей и средств субъектов и объектов, вне какового он бы был безпредметен. Однако указанный метод менее всего зависит от тех или иных „положительно-правовых“ определений. Мы подходим к последним уже с априорно готовыми понятиями субъекта и объекта, вне которых наше правовое рассмотрение было бы, разумеется, слепо.

Понятие субъекта выясняется, таким образом, априорно в его противоположении понятию объекта[3]). К иным выводам можно бы было придти лишь в том случае, если право рассматривать как разно-

---

[1]) Op. cit., S. 63. Близок к этим определениям был и Бирлинг (Jurist. Prinzipienlehre I. 201), утверждавший, что Rechtssubjekt kann im wahren und vollen Sinne des Wortes nur (der) sein, wer sich in der Lage befindet, eine Norm als Rechtsnorm anzuerkennen.

[2]) Хоть сколько-нибудь подробное изложение разнообразных по вопросу о субъекте права теорий завело-бы нас слишком далеко. Мы вынуждены ограничиться здесь лишь общими указаниями методологического свойства.

[3]) См. Stammler. Unbestimmtheit des Rechtssubjektes в Festschrift für die juristische Fakultät in Giessen, 1907, S. 445 ff.

видность факта. Тогда, однако, возможно бы было говорить о правомочии, правилах, притязаниях и т. п., но только не о праве. К сожалению, из всех юристов позитивного направления это понял один лишь Дюги, который с полной последовательностью отвергает понятия субъекта и субъективного права, заменяя его понятием „субъективной юридической ситуации", или, что то же, правомочием, обозначаемым им при посредстве немецкого термина „Befugniss"[1]).

Субъект есть цель, а объект—средство. Штаммлер называет субъекта самоцелью, при чем указывает, что качество самоцели, делающее данное существо субъектом, может быть придаваемо тому или иному существу лишь определенным, исторически данным, правом[2]). Если, таким образом, по Штаммлеру, самая идея субъекта конструируется нами априорно, то факт признания за тем или иным существом этого качества зависит от „исторически данного" права. „Исторически данное" право определяет, следовательно, приложение априорной категории к тому или другому, более или менее обширному кругу существ.

Нельзя по этому поводу не заметить, что Штаммлеру не удалось в данном случае достичь полной методической ясности. Если уже им принято положение об априорности идеи субъекта, то нельзя тотчас же утверждать о нем, как о конкретном существе, которому то или иное „исторически данное" право придает это свойство. Субъект как цель, как самоцель, априорно установленная, может означать лишь известное предположение мышления. Но предположение это, должно быть принято всяким правовым мышлением, независимо от того или иного его исторического или, точнее,—эмпирического, содержания. Это предположение субъекта, цели, самоцели, устанавливается однако, не ради симпатий к логическим упражнениям. Оно основано на присущем нашему мышлению стремлении к постановке в особые мыслительные условия идеи о человеке.

Лишь при условии априорного признания человека за субъекта права, за безусловную самоцель в общежитии, можно вообще вступить в область правовых идей. Лишь при этом условии можно говорить о праве объективном, „исторически данном", об отдельных правовых институтах и т. д. Мышление по началу конечной цели на самом деле не есть то безплотное, а во многом, пожалуй и безплодное, умствование, в которое оно нередко обращается на страницах трактов Рудольфа Штаммлера. Мышление это, в отличие от мышления каузального, есть то

[1]) См. L. Duguit. L'Etat, le droit objectif et la loi positive, особ. стр. 147 и сл.

[2]) „Rechtssubjekt ist ein Wesen, das von einem bestimmten, geschichtlich gegebenen Rechte im Sinne eines Selbstzweckes erachtet wird. Rechtsobjekt dagegen, das in gleicher Lage als blosses Mittel zu bedingten Zwecken behandelt ist (op. cit., S. 452—453).

которое заранее приняло идею о человеке, как самоцели, а обо всем остальном, как о средстве. Потому именно оно и подчинило себя необходимости согласования наших мыслей о том, что должно происходить,—стало мышлением, подчиненным идее конечной цели. Причинное мировоззрение отвергает идею о человеке, как самоцели, телеологическое воззрение на общество имеет его в своей основе. В последнем и заключена вся особенность правового мышления, в его отличии от всякого иного, которое, если оно имеет своим объектом человеческое общество, может быть названо мышлением безправия.

Мы положительно утверждаем, что идея о человеке, как самоцели в человеческом общежитии, или, что то же,—идея о человеке, как субъекте права,—составляет безусловную основу каждого общественного или (что опять-таки—то же)—правового мировоззрения. Социализм и индивидуализм, этатизм и анархизм, абсолютизм и конституционализм,—имеют в конечной своей основе одно и то же предположение о человеке, как субъекте, который, если и может быть подчинен тому или иному режиму, то к этому должны быть приведены определенные основания. Именно поэтому всякий даже основанный на рабовладении порядок должен оправдывать себя, исходя из—пусть ему противоречащей—той же идеи о человеке, как самоцели. Как Платону, так и Аристотелю нужно было приводить специальные основания для оправдания рабства. И это они делали только в силу того, что не могли, говоря об общественной справедливости, не исходить из идеи о человеке, как самоцели.

Необходимо признать, что именно в идее о человеке, как самоцели, как субъекте, заключено необходимое методическое предположение всякой справедливости, всякого должного. Вне этого предположения никакая доктрина, никто в мире не в состоянии говорить о справедливом или несправедливом, о правильном и неправильном, хотя, несомненно, что очень и очень многие учения не способны дать себе в том ясный отчет.

Итак, не от определений объективного права зависит принадлежность тому или другому „существу" качества субъекта. Им располагает каждый человек в силу определения, априорного всякому нашему общественному опыту. Объективное право в состоянии управомочить кого-либо к известному поведению, создать, иными словами, субъекта данного отношения,—не более того. Все, что вытекает из определений объективного права есть правомочие. Субъект права и управомоченный суть, таким образом, совершенно различные категории. Первая существует, как мы видим, априори всякого права, вторая—действительно—создается на почве „данного исторического" права. Первая есть общее предположение правового

мышления, в силу которого всякий и каждый живой человек мыслит себя и всех других людей в качестве субъекта правового общения. Вторая возникает лишь в силу детальных определений, наделяющих качеством управомоченности далеко не одних только „физических лиц". На почве постановлений гражданского, административного, международного, торгового права возникают и т. н. лица юридические, обладающие особого рода управомоченностью[1]).

Равным образом, однако, и субъективное право не есть то же, что правомочие. Нельзя не признать, что понятие правомочия не имеет в своем составе признаков, которые отличали-бы его от понятия об управомоченном, так равно и понятие субъективного права тождественно понятию субъекта. И управомоченный и субъект суть не особые субстанции, но отношения, свойства,

[1]) Проблема юридического лица не может быть, следовательно, разрешаема на почве общей теории права.

Как уже было прекрасно отмечено Бирлингом. „der Begriff der juristischen Person ist in gewissem Grade ein historischer Begriff, d. h. ein Begriff, der auf einer bestimmten inhaltlichen Entwicklung bestimmter positiver Rechte beruht, und demgemäss auch nur Verwendung finden hat, wo das positive Recht wenn auch nicht mit vollem Bewusstsein, aber doch nach seiner thatsächlichen Gestaltung solche Verwendung anzeigt erscheinen lässt. Das gleiche gilt, sogar in noch erhöhtem Maase von den Begriffen der „Körperschaft" und der „Anstalt" oder „Stiftung" als den Begriffen für die beiden bekanntesten Grundformen der juristischen Personen". (Prinzipienlehre, I, S. 223). Как замечает Binder, „Was den Inhalt eines Rechtes ausüben kann, kann Person sein" (op. cit., S. 73), при чем под правом понимается действующее, позитивное право. Здесь мы имеем наиболее последовательно проведенное сведение идеи субъекта права к идее управомоченности. Очень ярко выражена та же идея Otto Mayer'ом: „die juristische Person, dieses Geschöpf der Rechtsordnung ist bloss dadurch etwas dass eine vorhandene höhere Macht dazwischen tritt und sich für sie einsetzt und ihre Daseinsmöglichkeit gewährleistet... Ohne das ist sie nichts als Spuk und Gespenst". (Die juristische Person в Staatrechtliche Abhandlungen, Festgabe für Paul Laband, B. I, 1908, S. 67). Все эти писатели приходят к совершенно, на наш взгляд, правильным относительно юридического лица выводам. Они, как позитивисты, упускают, однако, из виду, что помимо позитивного понятия об управомоченном, которого они смешивают с субъектом права, правовая доктрина не может не предполагать априорной категории личности, делающей возможным объективное право, как право.

С построением Биндера любопытно сопоставить учение Гельдера, страдающее некоторой наивностью своего реализма,—учение, несомненно, Биндером улучшенное. См. Ed. Hölder Natürliche und juristische Personen особ. S. 111 u. ff.: „Ist der Mensch eine Person in seiner Eigenschaft als Mensch, so kommt ihm Persönlichkeit in um so höherem Grade zu, je voller, kräftiger und gesunder sein spezifisch menschliches oder gestiges Leben entwickelt ist" (S. 115). Едва ли есть необходимость в опровержении этих споров доказывать, что не в физических особенностях человека, не в его, напр., мускулатуре и пр., а равно не в нравственных его отличиях от зверей коренится основание признания в человеке субъекта. Срв. Binder, op. cit., S. 57 ff. Hölder не останавливается, однако, и перед выводами из приведенного выше положения. Для него „die Persönlichkeit des Kindes ist eine noch im werden begriffene; die Persönlichkeit des Geisteskranken ist eine abnorme" (s. 116) „Rechtlicher Verband" для него с этой точки зрения есть „nichts anderes als ein Rechtsverhältniss" (S. 157, ff).

имеющие свое бытие лишь в понятии. Как в том, так и в другом случае мы имеем особого рода квалификации отношений между людьми.

Субъект и управомоченный суть, поэтому, одновременно и юридические отношения. Понятие об юридическом отношении также не имеет в своем составе признаков, которые не заключались-бы в понятии субъекта, если только его не рассматривать как отношение причинного свойства [1]). Субъект права может означать ничто иное, как правовое отношение, равно как правовое отношение мыслимо лишь в субъекте. Привычные-же в литературе противопоставления этих двух понятий основаны на вещеподобных представлениях как о субъекте, так и об отношении. Субъекту может быть противопоставляемо только одно понятие, — понятие объекта, как понятию цели может быть противопоставлено только понятие средства.

Мы можем теперь установить определение понятия о праве в смысле субъективном, или, что то же, о правовом субъекте, юридическом отношении.

Определение это не может, однако, заключать в себе данных из области нашего опыта, ибо не условно-эмпирическим, но безусловным и категорическим должно оно быть. Субъективное право „волевой теории", а равно развившихся из нее новейших позитивных учений (Биндер и др.), есть не что иное, как имеющее позитивную внешность, но априорное по существу, принятие одной определенной группы условно-эмпирических явлений за право, за безусловное и именно — принятие за него вытекающих из определений господствующего порядка „правомочий" или „притязаний", как таковых. Субъективное право в смысле теории интереса тем-же способом отдает предпочтение группе фактов иного рода, — интересам, при чем, однако, не порывает совершенно с первой теорией, поскольку предпочитает „защищенные интересы" интересам вообще. Словом, господствующие теории представляются построенными на ложной методологической основе: стоя на условно-эмпирической почве, они стремятся вместе с тем дать формулу, имеющую и долженствующую иметь совершенно безусловное значение.

Не из тех или иных особенностей нашего опыта, но из априорной, методически необходимой, а потому абсолютной и общезначимой идеи может и должна быть выведена формула, выражающая собою понятие о субъективном праве. Такой идеей является отмеченное

---

[1]) Срв. В. А. Савальский. Основы философии права в научном идеализме, I, стр. 219—220, 242 (прим.), 265 (прим.).

выше, для правового мышления категорически необходимое, предположение о человеке, как самоцели.

Всякий человек всегда составляет в социальной жизни цель и никогда — средство. Такова формула субъективного права.

Она и только она может быть положена в основу оценки того или иного эмпирического порядка для принятия его в качестве объективно-правового. Дальнейшее является уже делом того или иного конкретно-эмпирического сознания, которое, имея в основе данное определение субъективного права, приводит его в соответствие с конкретной действительностью по началу закона необходимого согласования наших мыслей между собою, т. е. по началу конечной цели [1]).

Следует, однако, быть может еще раз подчеркнуть, что основная субъективно-правовая идея есть лишь методическое предположение, но не формула, имеющая какое-либо эмпирическое содержание. В этом ее отличие от определений естественно-правовых учений XVII и XVIII веков, принимавших в основу то же положение, но в качестве эмпирической аксиомы. В качестве эмпирической аксиомы положение о личности, как самоцели в общественной жизни, принимает индивидуалистический характер, ибо в этом случае оно означает только то, что человек „свободен", ничего более! Совершенно иной характер получает оно, будучи взято в качестве методического постулата. Идея личности, как самоцели, не является в этом случае сама по себе положительным предписанием, первой статьей идеального кодекса, деклараций прав, но предполагает, наоборот, соединенные человеческие условия, направленные на то, чтобы в тех или иных конкретных условиях построить порядок своей жизни на принципе признания друг друга за самоцель в общежитии. В такой постановке указанная идея означает не что иное, как обязанность взаимного общественного служения, предполагает, следовательно, возможность признания правовым лишь порядка, построенного на начале общественной солидарности [2]). В этом и только в этом смысле объективное право может быть определено, как выражение начала социальной солидарности. В этом и только в этом смысле можно говорить о праве, как социальной солидарности.

---

[1]) Срв. H. Cohen, Ethik des reinen Willens, S. 201 ff.

[2]) Срв. И. А. Покровский. Основные проблемы гражданского права, 1917 г., стр. 62—63: „повинуясь некоторому общему закону человеческого прогресса, право будет идти неуклонно вперед, стремясь к своей конечной цели — солидарности свободных личностей".

После этих методологических замечаний мы можем уже приступить к разрешению проблемы о государственной власти, непосредственно нас здесь интересующей.

§ 5.

Выводы.

(Позитивная юриспруденция и философия права).

Основные категории субъекта и объекта были установлены в применении к правовому познанию позитивной юриспруденцией. Вследствие этого названные категории, по природе своей априорные, приобрели совершенно несвойственный им характер позитивных явлений. Субъект и объект, право в субъективном и объективном смысле, юридические отношения — звучат ныне в ушах юриста так, как-будто они суть совершенно конкретные „вещи". Субъективное право отождествлено с конкретным полномочием, субъект права — с управомоченным лицом, объект права — с действием или вещью.

Эта гносеологическая наивность нашей позитивной юриспруденции приносит ей в достижении ее узко практических задач, — при разрешении определенных догматических проблем, возникающих на почве того или иного „действующего" права, — быть может мало ущерба. Очень догматически (в указанном сейчас смысле) настроенный юрист не признает, пожалуй, для себя ни в малой мере существенным то или иное различие, напр., между субъективным правом и правомочием. Для такого юриста существенно правомочие (или притязание), которое он может называть и субъективным правом, ибо только оно может, как ему наивно кажется, „порождать правовые последствия". Все, что находится за пределами этого рода „правовых фактов", должно с указанной точки зрения отойти из ведения юриспруденции в область, занятую другими науками. Все основные проблемы объявляются таким образом проблемами неюридическими. В число таковых попадает и интересующая нас проблема государственной власти. Последняя квалифицируется как факт, от которого юриспруденция должна исходить, который познается не в правовых понятиях.

Такая юриспруденция предполагает, однако, „факт государственной власти" настолько твердо и определенно существующим, что о нем не может и возникнуть правового вопроса. Когда-же этот „факт" начинает испытывать колебания и ощущать нужду в правовом для себя освещении, то указанного рода юриспруденция теряет под собою ту именно практическую почву, которую она сама для себя избрала. Безпомощнее позитивной юриспруденции, попавшей в эти условия, трудно себе представить что-либо.

Конструкция основных юридических категорий в качестве априорных понятий означает переход вопросов т. н. общей теории права в круг философско-правовых проблем. С ними вместе и проблема государственной власти становится проблемой философии права, ибо только в такой ее постановке она может получить надлежащее, правовое, решени. Последнее основывается, однако, как было показано, на предположении о человеке, как самоцели в общежитии, предположении, вызывающем необходимость в порядке, оправданном по началу конечной цели, т. е. по началу необходимого согласования всех наших мыслей о существующем.

Такова необходимая связь проблемы государственной власти с основными, априорными, категориями философии права. Ближайшая характеристика этой проблемы составить предмет следующего этюда.

Отдельный оттиск из „Известия Иваново-Возн. Политехн. Института“, т. I, в. II.

Типография Э. Ф. Мекс. Петроград, Международный пр., 22.

1925